Jur.
3523
3

Der

gemeine deutſche bürgerliche Prozeß

in Vergleichung

mit dem preußiſchen und franzöſiſchen Civilverfahren und mit den neueſten Fortſchritten der Prozeßgeſetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,

ordentlichem Profeſſor der Rechte zu Heidelberg.

Dritter Beitrag.

Bonn, 1823.
Bei Adolph Marcus.

Staatl. Bibliothek
Regensburg

Jur. 3523 (3

Der

gemeine deutſche bürgerliche Prozeß

in Vergleichung

mit dem preußiſchen und franzöſiſchen Civilverfahren und mit den neueſten Fortſchritten der Prozeßgeſetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,

ordentlichem Profeſſor der Rechte zu Heidelberg.

Dritter Beitrag.

Bonn, 1823.

Bei Adolph Marcus.

A 78/29

Staatl. Bibliothek
Regensburg

Inhalt.

Seite.

§. I. Von den Rechtsmitteln überhaupt und den Beſchränkungen derſelben 1

§. II. Appellationsverfahren 39

§. III. Wiedereinſetzung in den vorigen Stand 69

§. IV. Nichtigkeitsbeſchwerde 87

§. V. Franzöſiſcher Caſſationshof 105

§. VI. Vollſtreckung der Urtheile 118

§. VII. Concursprozeß 170

Druckfehler.

Seite	10	Not. 30	Zeile	23	ſtatt	gewöhnl. lies abgedr.
—	19		—	4	—	müßte l. müßten
—	25		—	2	—	einen l. ein
—	34	Not. 120	—	33	—	richtigen l. nichtigen
—	40		—	2	—	nur l. vorzüglich
—	46	Not. 20	—	1	—	Leonrad l. Leonrod
—	47		—	19	—	ſechs l. ſechszig
—	62		—	18	—	activ l. actio
—	63		—	18	—	geſtattet werden l. geſtattete
—	70	Not. 9	—	28	—	aufgeklärten l. bekannte
—	73		—	12	—	Fälſchung; wendet l. Fälſchung. Wendet
—	84		—	10	—	die Gerichtsordnung l. nach der Gerichtsordnung
—	89		—	9	—	von 1555. Wenn l. von 1555 wenn
—	96		—	21	—	theti l. thesi
—	107		—	6	—	den Grundſatz beſtätigten l. beſtätigte den Grundſatz
—	110		—	4	—	wurden l. werden
—	110		—	5	—	gelangte l. gelangt
—	113		—	6	—	keine l. eine
—	118		—	14	—	nothwendig zu ſeyn l. nothwendig geweſen zu ſeyn
—	129		—	25	—	referes l. referés
—	129		—	27	—	entſchieden wird. Während l. entſchieden wird, während
—	159		—	1	—	Größe nach beſtimmter l. im Urtheile der Dauer nach beſtimmt ausgedrückte
—	160		—	7	—	Gläubigers, l. Gläubigers;
—	163		—	16	—	ſelten l. ſeltene und
—	170		—	22	—	pretor l. praetor
—	176		—	33	—	kann, wenn l. kann. Wenn

§. I.

Von den Rechtsmitteln überhaupt und den Beſchränkungen derſelben.

Wenn ſonſt bei der Anlegung eines neuen Gebäudes von unten herauf gebaut und erſt dann, wenn für eine tüchtige Grundlage geſorgt iſt, nach oben zu der Bau fortgeführt wird, ſo ſchien man doch bei der Gründung des Gebäudes der gerichtlichen Verhandlungen in Rechtsſtreitigkeiten die entgegengeſetzte Anſicht in Deutſchland gefaßt zu haben. Man baute hier zuerſt das obere Stockwerk, man erließ Kammergerichts- oder Hofgerichtsordnungen, organiſirte Obergerichte und ordnete das Verfahren derſelben, ohne für die meiſten, für die regelmäßigen und die dem Volke am nächſten ſtehenden Gerichte — für die Untergerichte — gleichſam für die Grundlage und das unterſte Stockwerk des Juſtizgebäudes, eine Sorge zu tragen. Noch die neueſte Zeit ſcheint ſich zuweilen in dieſer Bauart der Gerichtsordnungen zu gefallen. Die Folgen dieſes Verfahrens konnten nicht ausbleiben; die Untergerichte waren ſich entweder ſelbſt überlaſſen, ſo daß in jedem Lande ſo viele Untergerichtsordnungen entſtanden, als es

Untergerichte gab, oder ſie richteten ſich nach dem Verfahren der Obergerichtsordnungen, bei welchen das Geſetz die Entfernung der Partheien vom Gerichtsorte, daher die Nothwendigkeit des Schriftenwechſels, und den Umſtand, daß nur auf dem Wege des Rechtsmittels ſchon gepflogene Verhandlungen an das Gericht gelangen, berückſichtigt hatte, während für das Verfahren bei den Untergerichten ganz andere Rückſichten hätten entſcheiden ſollen. Die Untergerichte fühlten bald ſelbſt, daß man ſie und ihre Juſtiz nicht als die Hauptſache im Staate würdige, und ſahen die Rechtspflege nicht als den递Haupttheil ihrer Geſchäftsſphäre an, in der Ueberzeugung, daß die Partheien doch appelliren würden, und auf ihr Urtheil wenig ankäme; die Obergerichte aber gewöhnten ſich daran, ſich als die Hauptſtützen der Juſtiz zu betrachten und das Verfahren bei den Untergerichten mehr als einen ſchiedsrichterlichen Verſuch anzuſehen [1].

Unter ſolchen Verhältniſſen mußte die richtige Anſicht von der Juſtiz und dem Verhältniſſe der Gerichtshöfe eines Staats untergehen, und die Anordnung der Rechtsmittel mußte eine verkehrte Richtung erhalten. Während nach der wahren Betrachtungsweiſe das Verfahren bei den Untergerichten die Grundlage für jedes weitere Verfahren bei höheren Gerichten bleiben ſollte, während jedes Unter-

1) Es giebt Gegenden in Deutſchland, in welchen ungeſcheut die Advokaten erklären, daß ſie wünſchten bei dem Untergerichte ein ungünſtiges Urtheil zu erhalten, weil dann das Obergericht bald eine günſtige Meinung für die Parthei faſſen würde, indem die praesumtio gegen die untergerichtlichen Urtheile ſpreche. Ob eine ſolche Anſicht der Würde der Gerichte entſpreche, muß ſehr bezweifelt werden.

gericht als das regelmäßige Gericht ſchon ſo gut organiſirt ſeyn mußte, daß in der Regel die Partheien mit dem Urtheile ihrer ordentlichen Gerichte zufrieden ſeyn konnten, und nur Ausnahmsweiſe Prozeſſe an höhere Gerichte gelangen ſollten, trat die entgegengeſetzte Anſicht ein. Vergeſſend das Zeugniß der Geſchichte, daß bei jedem Volke erſt ſpät Appellationen entſtanden, daß in der blühendſten Zeit des römiſchen Staats die Römer das Urtheil des praetors und der judices pedanei als ein gerechtes verehrte, ſo wie einſt der Germane das Urtheil des Landgerichts und der Schöppen als das Urtheil des Volkes ſelbſt betrachtete, mußte nach der deutſchen Anſicht jede Parthei ſchon bei dem Anfang des Prozeſſes vertrauend zu der oberen Inſtanz aufblicken dort ihr Heil erwartend; das untergerichtliche Verfahren galt als eine nach der Einrichtung einmal zu beobachtende Formalität, die Appellationen wurden zur Regel, es galt ſogar in manchen Ländern für die Partheien als ein Privilegium, wenn ſie vor den Untergerichten nicht Recht zu nehmen brauchten, und das Verfahren der oberen Inſtanzen mußte ſo organiſirt werden, daß dadurch die Lücken des untergerichtlichen Verfahrens wieder ausgefüllt und die Fehler gut gemacht werden konnten. Kam dazu noch eine in Deutſchland immer mehr verbreitete Anſicht, nach welcher die Untergerichte zugleich Adminiſtration, Polizei und Juſtiz ausüben ſollten, betrachtete man die dadurch aufgelegte Geſchäftslaſt der Untergerichte [2]), ſo mußte

---

2) Den zweiten Beitrag dieſer Schrift Nro. II. S. 38. und Beſtätigung der dortigen Anſicht in Puchta Beiträge zur Geſetzgebung und Praxis des bürg. Rechtsverf. S. 82.

das Anſehen der untergerichtlichen Verhandlungen und Urtheile noch völlig untergehen.

Wie wenig aber auch von dem Gange des Verfahrens bei den oberen Gerichten Heil für die Rechtspflege erwartet werden konnte, leuchtet bald ein, wenn man einen Rückblick auf die heterogenen Elemente wirft, aus welchen das noch in den letzten Jahrzehenden geltende deutſche Syſtem der Rechtsmittel hervor gegangen iſt. Dies Syſtem entwickelte ſich theils aus den Anſichten des römiſchen, theils des canoniſchen Rechts, theils aus dem deutſchen Gerichtsgebrauche. Was das römiſche Recht [3] betrifft, ſo kannte daſſelbe zur Zeit der freien Republick keine Appellation im ſpäteren Sinne, und die vorkommende Provokation war kein Rechtsmittel, ſondern mußte immer auf eine Beſchwerde wegen offenbarer Rechtsverletzungen ſich gründen [4]. Erſt ſeit der Zeit als ein neuer Subordinationsnexus der Beamten eingeführt wurde, als der praefectus urbi mit ausgedehnter Gewalt erſchien, erſt jetzt bildete ſich als ein regelmäßiges Rechtsmittel die Appellation aus [5], es bildete ſich ein beſtimmter Inſtanzenzug aus [6], und dauerte bis in die ſpäteren Zeiten fort.

---

3) Conradi, jus provocat. in antiq. rom. Lips. 1723. — Pollet, hist. for. rom. lib. V. cap. 17. — Guther, de officio Domus aug. in Sallengre thes. tom. III. l. 1. cap. 20. — Brettus, ordo. per ant. for. c. 42.

4) Das Verhältniß bezog ſich hier unfehlbar nur auf das öffentliche Recht. Nur wo dem Urtheile eine Verletzung des Verfaſſungsrechts vorgeworfen werden konnte, durfte in der Republik von gewiſſen Magiſtraten die Sache an das Volk gebracht werden. Dies war aber keine gewöhnliche Appellation der Partheien.

5) Sueton. in august. c. 33. Vopiscus in Florian. c. 5. 6.

6) L. 21. §. 1. D. de appell. l. 1. 3. D. quis a quo appell.

Daß bei dem höheren Richter das Verfahren mündlich und öffentlich war, iſt unbezweifelt. Als Roms Freiheit unterging, fing auch die Cabinetsjuſtiz an; wie ſich die Kaiſer ſelbſt in die Juſtiz einmiſchten, ſo wurden ſie auch durch Bittſchriften der Partheien dazu veranlaßt, und in dem Staatsrathe bildete ſich allmählig eine eigene zu gerichtlichen Geſchäften beſtimmte Sektion — das auditorium [7]). Jemehr neue Beamte entſtanden, jemehr vorzüglich am Range der praefectus praetorio ſtieg, deſto mehr verwirrte ſich das Syſtem der Rechtsmittel; Conſtantin hielt es für unangemeſſen, von dem Urtheile des praefectus praetorio appelliren zu laſſen [8]), allein der Kaiſer nahm ſich der Beſiegten an, und die Parthei konnte jetzt ſtatt der Appellation an den Kaiſer ſuppliziren, in welchem Falle eine neue Verhandlung eintrat [9]). — So wie in anderen Lehren ging auch in der von den Rechtsmitteln das römiſche Recht in den Gebrauch der geiſtlichen Gerichte des Mittelalters und in das canoniſche Recht über; Appellation mit allen römiſchen Formen und Wirkungen wurde das ordentliche Rechtsmittel, und als entſchiedener Satz galt im Gerichtsgebrauche der: daß nur zweimal appellirt werden dürfe [10]). Merk-

7) Haubold, de consistorio principis. Lips. 1787.

8) L. un. §. 1. D. de offic. praefect. praet. l. 11. 16. Cod. Theod. de appell.

9) L. 5. Cod. de prec. imp. offerend. l. 1. Cod. de sent. praef. praet. nov. 82. cap. 12. nov. 115. c. 1. nov. 119. S. Goldſchmidt Abh. aus d. deutſchen gemeinen Civilproz. Nro. XI.

10) Duranti, specul. jur. lib. II. p. III. § 8. ſ. auch ſpäter ſo anerkannt in Ferrariis prax. aur. p. 505. und Alciat comp. proc. p. 258.

würdig iſt, daß nach einer Stelle bei Duranti [11]) die Anſicht wahrſcheinlich wird, daß man durch Appellation nicht die Prüfung vorgebrachter Beweiſe der erſten Inſtanz durch den oberen Richter bezweckte, ſondern in der Regel nur wegen unrichtiger Subſumtion des Falles unter ein Geſetz alſo wegen irriger Geſetzesauslegung und Anwendung ſich beſchwerte. Neben der Appellation entſtand, ungeachtet die römiſchen Verhältniſſe des Rechtsmittels gar nicht paßten, auch die Supplikation, indem die Canoniſten den Pabſt dem Kaiſer gleichſetzten [12]) und eine retractatio sententiae mit neuen Verhandlungen geſtatteten [13]). Neben dieſen Anſichten hatte ſich auf ganz eigenthümliche Weiſe das deutſche Syſtem der Rechtsmittel fortgebildet. Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß mit dem Charakter der Volksgerichte die Appellation unverträglich war, weil es ſchwerlich jemanden einfiel, das ganze Volk eines ungerechten Urtheils zu beſchuldigen, weil auch kein höherer Richter und kein geſchriebenes Geſetz exiſtirte, auf deſſen Verletzung man ſich hätte berufen können. Selbſt als nicht mehr das ganze Volk ſondern Schöffen, jedoch öffentlich und mit Billigung des Umſtandes (collaudantibus omnibus) das Urtheil fanden, konnte keine wahre Appellation vorgekommen ſeyn, weil die Schöffen theils als erkorne Richter, theils im Namen und mit Billigung des Volks Recht ſprachen. Die erſte Idee von Anfechtung eines Urtheils konnte nur durch das Gottesgericht entſtehen, jede Scheltung des Urtheils mußte

11) Duranti spec. lib. II. pars. II. p. 546.
12) Duranti lib. II. p. III. p. 538. Ferrariis prax. aur. p. 435.
13) c. 9. X. de sent. et re. iud. c. 5. X. de rest. in int.

als einen Angriff gegen die Schöffen ſelbſt erſcheinen, und bei dem Mangel einer höheren Inſtanz blieb nur die Berufung auf die Gottheit und ihre Einwirkung bei dem Kampfe übrig; Beaumanoirs [14]) Zeugniß, daß zu ſeiner Zeit noch die Kampfprobe, die Appellation, entſchied, läßt keinen Zweifel, daß die Anfechtung in der fränkiſchen Zeit [15]) den Kampf zur Folge hatt. Die Anſicht [16]), daß im Falle der Impugnation des Urtheils andere Schöffen beigezogen wurden [17]), wird widerlegt durch die Rückſicht, daß die Ernennung ſolcher neuen Schöffen nach den Volksanſichten hätte ſehr ſchwierig ſeyn müſſen, und daß für das neue Urtheil wieder keine Bürgſchaft der Gerechtigkeit Statt gefunden hätte; viel wahrſcheinlicher, beſonders nach Urkunden der ſpätern Zeit, wird es, daß im Falle der Anfechtung bei einigen Völkern der Fall an das verſammelte Volk im Gaugerichte kam [18]). Andere Stellen [19]) beziehen ſich auf den bei dem Mangel ſchriftlicher Verhandlungen wohl nicht ſeltenen Fall, daß eine Parthei das ergangene Urtheil nicht anerkannte, und den Inhalt deſſelben läugnete, daher deſſelben überwieſen werden mußte; andere Stellen [20]) beziehen

---

14) Beaumanoir coutumes de Beauvoisis chap. 61.

15) Lex Salic. tit. 60. c. 4. ſ. auch Rogge über das Gerichtsweſen der Germanen. S. 91. Hallam geſchichtl. Darſt. des Zuſtandes von Europa im Mittelalter. 1. Thl. S. 231.

16) Eichhorn, Rechtsgeſch. 1. Thl. §. 80.

17) Nach Lex Aleman. tit. 41. c. 3.

18) Darauf paſſen die Schlußworte: quia sic convenit duci et omni populo in publico concilio.

19) Lex Ripuar. tit. 59. cap. 7. capitul. ann. 803. c. 10.

20) S. auch die von Montesquieu esprit des lois lib. 28. chap. 28. angeführten.

ſich auf den Verſuch eine ſchon abgeurtheilte Sache wieder zu Gericht zu ziehen; andere [21]) berückſichtigen eine Beſchwerde wegen Juſtizverweigerung; die Stellen aber, welche man zum Beweiſe anführt, daß unter den fränkiſchen Königen [22]) die Parthei von dem comes an den missus und von dieſem an den König appelliren konnte, beziehen ſich nicht auf entſchiedene Prozeſſe, ſondern auf Ausſprüche dieſer Beamten in Verwaltungsſachen [23]). — Während zwar noch im XIII. Jahrh. in Frankreich die Anfechtung des Urtheils durch Kampf fortdauerte, erhielt die Appellation ſchon eine andere Anſicht; in der Feudaleinrichtung galt die Anfechtung des durch die Vaſallen geſprochenen Urtheils zwar häufig als Beleidigung des Lehensherrn [24]), während ſich doch in gewiſſen Fällen die Anſicht bildete, daß man von dem Urtheile der Vaſallen ſich an den Lehensherrn ſelbſt wenden könne; auf dieſem Wege kam man in der Feudalinſtanz allmählig zum Regenten als den Oberlehnsherrn, und als Vorwände hiezu galten die Behauptungen wegen verweigerten Rechts oder daß der erſte Gerichtshof nicht hinreichend beſetzt

---

21) Meyer esprit origine et progrès des instit. judic. vol. I. p. 457.

22) Capit. lib. II. cap. 26. u. Capit. Ludov. Pii 829. cap. 14. S. Eichhorns Rechtsgeſchichte. §. 164.

23) S. Meyer esprit vol. I. p. 456. not. S. verſch. Anſichten über Appellationen in der älteſten Zeit in Boehmer de provocat. jur. germ. in elect. jur. civ. tom. II. Nro. II. cap. 1. Grupen discept. for. p. 529. Wiarda Geſch. des ſaliſchen Geſetzes. S. 218.

24) S. ſelbſt établissemens de St. Louis lib. II. cap. 15. ſ. beſ. Mignet de la feudalité, des institutions de St. Louis. Paris 1822. p. 113 — 19.

geweſen ſey [25]; ſo daß allmählig die von den Regenten zur Schwächung der Macht des Adels begünſtigte Sitte des Appellirens an den König oder ſeine Gerichte immer allgemeiner wurde. — In Deutſchland führen die Rechtsbücher [26] auf einen Unterſchied hin, in ſo ferne bei den Sachſen derjenige, welcher das Urtheil ſchalt, einen Kampf gegen die bisherigen Schöffen unternehmen mußte, um das von ihm und ſeinen Genoſſen gefundene Urtheil aufrecht zu erhalten [27], während bei den Schwaben (daß dies Stammeseigenthümlichkeit in Süddeutſchland war, beweiſen Urkunden) der Appellant an ein höheres Gericht ſich wendete. Am wichtigſten wurde die Berufung an die Oberhöfe, bei welchen nur zwei Arten von Berufungen zu trennen ſind; 1) eine, wenn die Schöffen des erſten Gerichts den Fall zu ſchwierig fanden, und nun um Rechtsbelehrung bei dem Oberhofe baten, und deswegen Gerichtsſchöppen als Bothen an den Oberhof abſendeten [28]; 2) die andere, wenn das Gericht das Urtheil geſprochen und eine Parthei daſſelbe geſcholten hatte, in welchem Falle das Faktum gewöhnlich kurz aufgeſchrieben, und von Bothen des Gerichts an den Oberhof gebracht wurde, bei welchem die Partheien ſich einfanden und vortrugen, während der Schöffe des erſten Gerichts das gefundene erſte Urtheil zu vertheidigen ſuchte [29]. Jede Urtheils-

25) Meyer esprit, origine et progrès etc. vol. III. chap. 19.
26) Sachſenſpiegel. 11. 12.
27) S. zur Erläuterung Hauſchild Gerichtsverf. der Teutſchen. S. 152. Kopp heſſiſche Gerichtsverf. 1. Thl. S. 487.
28) S. darüber Dreyer Einl. in die lüb. Verordn. S. 262.
29) S. viele Notizen in Bodmann rheingauiſche Alterthümer. S. 664 — 75.

ſcheltung mußte übrigens, ehe das Gericht auseinanderging, ſtehenden Fußes und laut geſchehen [30]; der Appellant, wenn er verlor, mußte den erſten Schöppen Buße geben und Abbitte thun, ſo wie die Schöppen, wenn das Urtheil reformirt wurde, dem Appellanten Buße geben mußten [31]. In den ſächſiſchen Gegenden hatte aus der alten Sitte, das Urtheil bei dem nämlichen Richter zu ſchelten, wo nach dem Verſchwinden des Kampfes neue Schöppen eintraten, ſich ein nicht devolutives Rechtsmittel der Leuterung ausgebildet [32]. Neben den in deutſchen Gerichten üblichen Formen bildeten ſich aus dem alten Richteramt der Pfalzgrafen aus der Auflöſung der Gauverfaſſung und der Reichsvogteien die kaiſerlichen Land- und Hofgerichte [33] aus, bei welchen ſchon mehr römiſche und geiſtliche Formen Eingang fanden, während das 1495 entſtandene Reichskammergericht die Idee von Berufungen nach römiſchen Formen begründete. In den einzelnen Territorien entſtanden Hof- oder Kammergerichte [34],

---

30) An manchen Orten ſymboliſch z. B. durch Werfen des Huts oder der Mütze vor der Füße der Schöppen; ſ. Emerich Frankenberg, gewöhnl. in Schminke Mon. hass. II. Thl. p. 797.

31) Kopp heſſ. Gerichtsverf. I. Thl. S. 488.

32) Zuerſt 1488 in der leipziger Oberhofgerichtsordn. erwähnt das; ſ. über die Geſchichte. Kind de originibus leuterationis. Lips. 1787. und Måler Geſch. und Verf. der Rechtspflege und Prozeßform. S. 118. und über Geſchichte der nicht devolutiven Rechtsmittel überh. Boehmer in elect. jur. civ. tom. II. Nro. II. §. 9.

33) S. Scheidemantel Repertorium des Staatsr. II. Thl. S. 465. III. Thl. S. 77. Eichhorns Rechtsgeſchichte. II. Thl. S. 295.

34) S. von der Mark Brandenburg, Hymen Beitr. zur

bei denen das Verfahren völlig dem reichskammer-gerichtlichen nachgebildet wurde. Die ehemaligen Oberhöfe verwandelten ſich allmählig in wahre Appellationsgerichte 35) und das kammergerichte Verfahren mit den aus dem röm. und canon. Rechte bekannten Rechtsmitteln ging in die Obergerichte über 36), ſo daß das bunteſte Gemiſche entſtand. Aus dem gleichfalls bei den Reichsgerichten anfangs und in der Praxis verſuchten Supplikation 37) ging bei dem Kammergerichte die Reviſion 38) und bei dem Reichshofrathe die Supplikation hervor 39). In den einzelnen Landesgerichtsordnungen aus dem Anfang des XVI. Jahrh. iſt die Appellation ſchon als das regelmäßige Rechtsmittel ganz nach römiſcher

---

jur. Lit. in d. preuß. Staaten. II. Bd. S. 246. Von Sachſen, ſ. Mäler Geſch. und Verfaſſung. S. 142. Hellfeld Verſuch einer Geſch. der landesherrl. höchſten Gerichtsbark. u. deren Hofgerichte in Sachſen. Jena 1781 S. 111. Weiße Geſch. v. Sachſen. I. Thl. S. 134. Von Hannover, Grupen discept. for. p. 538 — 93. Von Coburg, Schultes Coburg. Landesgeſch. II. Thl. S. 144. Von Meklenburg, v. Kamptz in Beitr. zum meklenb. Staats- und Privatr. III. Thl. Nro. IX. Von Heſſen, Kopp heſſ. Gerichtsverf. I. Thl. S. 291.

35) Dreyer Einl. in der lübeck. Verordn. S. 265.

36) S. Beiſpiel des wörtlichen Uebereinſtimmens der älteſten ſächſ. Oberhofgerichtsordnung mit der Kammergerichtsordn. in Hellfeld Verſuch einer Geſch. d. landesh. Ger. S. 129.

37) Alciat Comp. judic. proc. p. 268. auch Termineus proc. jur. script. cap. 51. p. 190.

38) Cammergerichtsordn. v. 1555. III. 53. ſchon Reichsabſch. v. 1524. §. 3. Es war auch öfter der Antrag gemacht worden, die Reviſion abzuſchaffen, ſ. Neurode gegenw. Verf. des hl. röm. Reichs. II. Thl. S. 500.

39) Neurode, l. c. S. 501.

und canoniſcher Form anerkannt [40]), obwohl in manchen Statuten [41]) altdeutſche Formen z. B. der Appellation ſtehenden Fußes beibehalten ſind.

Aus dieſen Elementen ging das in den verſchiedenen deutſchen Staaten geltende Syſtem der Rechtsmittel hervor. Neben der Appellation die das ordentliche Rechtsmittel überall blieb, gab es ein unter barbariſchen Namen vorkommendes Heer von Rechtsmitteln, die aus der römiſchen Supplikation oder der deutſchen Leuterung floßen. In Sachſen galt als ordentliches ſuſpenſives aber nicht devolutives Rechtsmittel die Leuterung fort, und erzeugte dazu noch die Oberleuterung [42]).

In Meklenburg bildete ſich ſeit dem 16ten Jahrhundert ein nicht devolutives, und nicht mit der gemeinrechtlichen restitutio ob nova zu verwechſelndes Rechtsmittel (ohne Rückſicht auf nova) unter dem Namen: Wiedereinſetzung in den vorigen Stand aus [43]) zu welchem in neuerer Zeit noch die Repräſentation [44]) kam. In Hannover entſtand als nicht devolutives Rechtsmittel

40) Freiburger Statut. v. 1520. Fol. XXIII. Henneberger Landesordn. v. 1539. II. Buch. 6. Titel.

41) S. Langenſalzner Statuten v. 1556. Art. 39. in Walch Beitr. zum deutſchen R. VII. Thl. S. 310. Baier. Gerichtsordn. v. 1516. Tit. 10. S. noch Cölniſche reform. judic. proc. v. 1570. (in Statuta u. Concord. der freien Stadt Cöln) Fol. 170.

42) S. Biener systema processus iudiciarii §. 184. — Kori Theorie des ſächſiſch bürgerl. Proz. I. Thl. §. 141 — 151.

43) S. Kamptz Beiträge zum Meklenburgiſchen Staats- und Privatr. VI. Thl. Nro. 25; v. Nettelbladt, in der Ausgabe des Meklenburgiſchen Civilproz. §. 201 — 207.

44) v. Nettelbladt Handbuch §. 211.

die Supplikation [45]) und in einigen Gegenden [46]) blieb die Leuterung ſtehen. In Baden kannte die Obergerichtsordnung [47]) eine ordentliche und eine ſummariſche Appellation, eine Reviſion, eine Superreviſion und eine Superappellation. In den meiſten Orten war noch das Verhältniß dieſer Rechtsmittel zu einander nicht genau beſtimmt, ſo daß gewöhnlich mit glücklichem Erfolge die Anwendung der verſchiedenen Mittel verſucht werden konnte, und jeder Sieger durch ein Labyrinth von Inſtanzen ſich durchwinden mußte. Von den deutſchen Geſetzgebungen des vorigen Jahrhunderts gebührte der baieriſchen von 1753 [48]) das Verdienſt, die Zahl der Rechtsmittel weiſe beſchränkt zu haben, es gab nur Appellation und Reviſion als ordentliche Rechtsmittel, wovon jedes nur einmal gebraucht werden konnte. Nicht weniger beſtimmt hatte die preuſſiſche Geſetzgebung [49]) die vielen Rechtsmittel nur auf zwei, die Appellation und Reviſion, beſchränkt. Die Appellation erhielt ihre würdige Anſicht, das Verfahren in erſter Inſtanz war ſchon ſo umſichtig und vollſtändig organiſirt, daß jede Parthei vertrauensvoll ſchon das erſte Urtheil als ein gerechtes erwarten durfte, und die Appellation blieb nur als ein ausnahmsweiſe das Urtheil höherer Prüfung unterwerfendes Mittel ſtehen. Von den neuen Geſetzgebungen hat aber keine ſo ſehr die Rechtsmittel

45) Oeſterlei Handb. des hannöv. Prozeſſes. II. Thl. S. 376.
46) Z. B. in Lüneburg, im Lauenburgiſchen, Lande Hadeln, ſ. Oeſterlei S. 384.
47) Kurbadenſche Obergerichtsordn. v. 1803. §. 124. 149. 178. 187. 203.
48) Cod. Jud. cap. XV. XVI.
49) Gerichtsordn. tit. XIV. XV.

beſchränkt, als es die franzöſiſche gethan hat. Schon das Geſetz von 1790 [50]) erkannte den Grundſatz, daß nur zwei Inſtanzen beſtehen ſollten und das geltende Geſetzbuch bleibt dem Satze treu [51]).

Es giebt (weil, wie ſich unten ergeben wird, die Caſſation kein wahres Rechtsmittel iſt) nur ein ordentliches Rechtsmittel, das der Appellation, das gegen das nämliche Urtheil nur einmal ergriffen werden kann, und von friedensgerichtlichen Urtheilen an das Tribunal erſter Inſtanz, von Ausſprüchen dieſes Tribunals an den Appellationshof geht. Dieſe Beſchränkung iſt in neuerer Zeit vielfach getadelt und eben ſo von anderen vertheidigt worden. Die Bundesakte [52]) ſcheint durch Anerkennung des Rechts jedes Unterthanen auf drei Inſtanzen den Streit für Deutſchland beendiget zu haben. Man hat den Beweis verſucht [53]), daß nach der deutſchen Verfaſſung dies Recht immer beſtanden habe; allein der Beweis möchte ſchwierig ſeyn, wenn man erwägt, daß ſo lange Schöffengerichte exiſtirten, immer nur nach den alten Zeugniſſen eine Berufung an den Oberhof vorkam, daß ſelbſt die Hofgerichte nicht Obergerichte [54]) im heutigen Sinne, ſondern privilegirte Gerichte für den Adel und Schriftſäßige waren,

---

50) Loi 1.er mai 1790 u. arr. cass. 4. pluv. an. X. 30. frim. XI.

51) Code de proc. 1. Thl. libr. III. art. 443. — Berriat St. Prix. II. p. 358. — Carré traité et questions t. II. p. 1 etc.

52) Deutſche Bundesakte Art. 12.

53) Gönner, Handbuch des gem. Proz. III. Bd. S. 18. und eine Schrift über das uralte Grundverfaſſungsrecht deutſcher Reichsunterthanen auf drei Gerichtsinſtanzen. Frankf. 1814.

54) Sehr unhiſtoriſch iſt es, wenn man die ehemal kaiſerlichen Land- und Hofgerichte als Mittelgerichte darſtellen will, da ſie wahre kaiſerliche Untergerichte waren.

welche von den übrigen Gerichten nicht Recht nehmen wollten, daß auch die allmählig und ſehr ſpät entſtandenen jetzigen Gerichte dritter Inſtanz (z. B. Oberhofgerichte oder Reviſionsgerichte) ihrer Errichtung nach nur zweite Inſtanzgerichte für Privilegirte waren und erſt ſpäter von den übrigen Unterthanen benützt wurden, daß ſelbſt die Reichsgerichte für alle Territorien keine Gerichte dritter Inſtanz ſeyn konnten [55]), weil viele Gegenden das privil. de non appellando erworben hatten. Erſt ſpäter als die Anſicht der Obergerichte nach ihrer urſprünglichen Bedeutung unterging, und der deutſche Prozeß ſchleppender wurde, als die Theorie der tres conformes ſich feſter begründete, bildete ſich die Anſicht von der Nothwendigkeit von drei Inſtanzen aus. Wie wenig ſelbſt bei der Reichsverfaſſung der Satz: daß in jeder Sache drei Inſtanzen ſeyn müßten, je praktiſch gegolten hat, beweiſet die Erwägung, daß es ſchwerlich einen Staat gab, in welchem nicht wegen der Appellationsſummen der Gebrauch der Rechtsmittel beſchränkt geweſen wäre, und es darf ſelbſt nicht vergeſſen werden, daß mehrere Stände mit Mühe ſich das Privilegium verſchafften, in erſter Inſtanz ſogleich vor den Obergerichten belangt zu werden. Betrachtet man auch dies Recht auf

55) Wenn es in der Kammergerichtso. v. 1555 II. Thl. Tit. 1. §. 1. heißt: daß die Unterthanen bei ihren ordentlichen Gerichten belaſſen, und in erſter Inſtanz nicht an das Cammergericht gezogen werden ſollen, ſo folgt daraus nicht, daß die Sache in dritter Inſtanz immer an das Cammerg. kommen konnte. Die Stelle im II. Thl. Tit. 1. §. 2. und Tit. 26. bezieht ſich auf die verweigerte Juſtiz, wo der Begriff eine Inſtanz in Bezug auf Rechtsmittel nicht paßt.

drei Inſtanzen genauer [56]), ſo ſteigen bedeutende Zweifel auf. Soll die wiederholte Prüfung eines Urtheils durch einen höheren Richter eine Beruhigung für die Partheien und ein Mittel mögliche Irrthümer des erſten Richters zu berichtigen, gewähren, ſo ſucht man vergebens einen Anhaltspunkt für die Beruhigung und man kömmt ſelbſt conſequent zur Vervielfältigung der Inſtanzen ins Unendliche. Nimmt man drei Inſtanzen an, und ſetzt den Fall, daß die zweite Inſtanz das erſte Urtheil beſtätigt, das Gericht dritter Inſtanz aber den Spruch der zweiten Inſtanz reformirt, ſo bedarf es doch einer ſehr ſtarken Präſumtion, um zu glauben, daß nur bei dem höchſten Gerichte die Weisheit ruhe; das Volk wird erwägen, daß die Meinung von zwei Gerichten hier gegen die eines Gerichts ſtreitet, und der unbefangene Verſtand wird eher glauben, daß das Recht da ſeyn müſſe, wo die meiſten Stimmen hinfielen [57]).

Will man es in dem Falle, daß die dritte Inſtanz das Urtheil der zwei erſten Inſtanzen reformirt, dabei belaſſen, ſo ſcheint man hart gegen denjenigen zu ſeyn, welcher die Meinung von zwei Gerichten für ſich und nur die von einem gegen ſich hat [58]), man müßte daher noch eine vierte Inſtanz zulaſſen; ſtimmt aber die vierte der dritten bei, ſo ſteht das Zünglein in der Waage ſtill und es iſt erſt noch

56) S. auch Falk in den Kieler Beiträgen. 1821. 2ter Bd. S. 262 ꝛc.

57) S. auch Bellot exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève. p. 221.

58) S. geiſtreiche Bemerkungen in der Sitzung der Bundestagsverſammlung v. 21. Februar 1822 in den Bundestagsprotokollen. XIII. Bd. S. 181.

problematiſch, auf weſſen Seite die Wahrheit iſt; es müßte alſo jetzt erſt eine fünfte Inſtanz zugelaſſen werden: Schwerlich möchte daher aus allgemeinen Gründen das Recht auf drei Inſtanzen vertheidigt werden können, und die Autorität einer dritten und letzten Inſtanz kann nur in dem Bedürfniſſe, ein Ende des Streits durch einen kategoriſchen Ausſpruch herbeizuführen, liegen, oder in der aufgeſtellten Präſumtion, daß im Obergerichte die trefflichſten und tüchtigſten Juriſten ſich befinden werden, oder in der überwiegenden Zahl der Richter der letzten Inſtanz, im Verhältniſſe zu den ſchwächer beſetzten Gerichten der erſten und zweiten Inſtanz. Ob die Vermuthung der erſten Art nicht eine Beleidigung gegen die Richter unterer Inſtanzen und ſelbſt gegen das Volk enthält, wagt der Verfaſſer nicht zu entſcheiden; was aber die Zahl betrifft, ſo möchte in manchen Ländern nicht ſchwer zu beweiſen ſeyn, daß nicht ſelten die geringere Richterzahl im Oberappellationsgerichte im Verhältniſſe der in den zwei erſten Inſtanzen urtheilenden Richter zuſammen ſich befanden. Daß auch der Bundestag das Recht auf drei Inſtanzen nicht ſo verſtand, daß in jeder Sache jede Parthei drei Inſtanzen haben müſſe, daß vielmehr jedem Staate die Beſchränkung der Rechtsmittel nach beſtimmten Vorſchriften zuſtehe, iſt ſehr weiſe in neueſter Zeit entſchieden worden [59]. Am wenigſten aber läßt es ſich rechtfertigen, wenn in einem Lande, welches ein Oberappellationsgericht hat, in einigen Fällen [60] gegen das Urtheil des Oberappellationsgerichts ein Rechtsmittel zuge-

59) S. Beſchluß vom 14. März 1822, in dem Bundestags-Protokoll. XIII. Bd. S. 215.
60) Z. B. in Meklenburg. Oberappel.-Gerichtso. §. 77. 82.

laſſen wird; das Anſehen des oberſten Gerichtshofes, der es dann nur dem Namen nach ſeyn wird, muß durch eine ſolche Einrichtung nothwendig untergraben werden [61]).

Das Inſtanzenrecht ſteht noch im genauen Zuſammenhange mit dem durch Mißverſtändniſſe des römiſchen Rechts [62]) veranlaßten, von älteren Praktikern vertheidigten, jedoch ſchon bei dem Reichsgerichte [63]) nicht angenommenen, in Landesgeſetze aber übergegangenen und vielfach mißbrauchten [64]) Satze, daß jede Parthei ſolange Rechtsmittel ergreifen dürfe, bis drei gleichförmige Urtheile gegen ſie ergangen wären, ja man begnügte ſich damit nicht, ſondern forderte ſelbſt drei ununterbrochene auf einander folgende Urtheile; bis dieſe zu erhalten waren, durften Rechtsmittel verſucht werden, ſo daß oft kein Ende des Prozeſſes zu erwarten war. Wenn auf einer Seite dieſe Einrichtung die traurigſten Folgen für die Rechtsſicherheit haben mußte; ſo war ſie auf der anderen,

61) S. auch Bornemanns Beiträge zur Verbeſſerung des Appellations-Verfahrens S. 55.

62) l. un. Cod. ne liceat in una caus. test. provoc. ſiehe Danz Grundſ. des ordentl. Proz. §. 422.

63) S. Gail observ. lib. I. observ. 72 n. 3. Mynsinger centur. I. observ. 15. Riedeſel Vorträge an den vollen Rath des Kammergerichts S. 167, und Verhandlungen in Meiern act. comit. ratisbon. t. II. p. 150, 200, und S. 441.

64) Es iſt dem Verfaſſer der Fall bekannt, daß in einem deutſchen Lande, wo der Satz galt, daß appellirt werden dürfe, ſolange, bis drei aufeinander ununterbrochen folgende Sentenzen vorhanden wären, ſolange fort Rechtsmittel ergriffen wurden, bis endlich die Regierung an den Landesherrn berichten mußte, daß jetzt kein Spruchcollegium mehr exiſtire, an welches die Akten verſendet werden könnten.

die bitterſte Satyre der drei Inſtanzen und enthielt das Geſtändniß, daß, wenn man einmal mit zwei Inſtanzen ſich nicht begnügte, conſequent ins Unendliche fort Rechtsmittel erlaubt werden müßte. — Die neueren Geſetzgebungen haben das Streben von dem Vorurtheile ſich loszumachen, obwohl nicht auf gleichförmige Weiſe. Die ſächſiſche Jenaiſche Oberap. G. O.[65]) geſtattet, ſobald durch Leuterungen auf jeder ſtreitenden Seite zwei gleichförmige Erkenntniſſe vorliegen, keine weitere Leuterung; wenn eine Parthei bei Berufung an das Oberap. G. nur zwei aber gleichförmige Erkenntniſſe gegen ſich hat, ſo kann ſie verlangen, daß, ſtatt an das Oberap. G., die Akten an eine auswärtige Fakultät verſendet werden; reformirt dieſe das Urtheil, ſo gelangt erſt die Sache noch an das Oberap. G. In Gotha und Altenburg iſt dagegen verfaſſungsmäßig beibehalten, daß die Partheien ſolange Rechtsmittel ergreifen dürfen, bis drei gleichförmige Erkenntniſſe vorhanden ſind. Die Zerbſtiſche Oberap. G. O.[66]) greift zwar in die bisherige Verfaſſung wegen zwei oder drei gleichförmigen Urtheilen nicht ein, beſtimmt aber doch wenigſtens, daß darauf, ob die Urtheile ununterbrochen oder unterbrochen folgten, nichts mehr ankommen ſoll. Die Meklenburgiſche Oberap. O.[67]) geſtattet kein

65) Proviſor. Ordnung des gemeinſchaftl. Oberappellationsger. zu Jena vom 20. Dez. 1816, §. 13, 15, 31 a. Wie ſchwierig ſelbſt die Frage oft wird: in wie ferne zwei Urtheile als völlig gleichförmig zu betrachten ſind, ſ. Kori Theorie des ſächſ. bürgerl. Proz. S. 304, Not.

66) Geſetzl. Vorſchriften, die Competenz des gemeinſchaftlichen Oberappellationsgerichts zu Zerbſt vom 16. Sept. 1817, §. 24.

67) Oberappellations-Gerichts-Ordnung vom 1. Juli 1818, §. 41, Nro. 7.

Rechtsmittel mehr, wenn ſchon drei conforme Urtheile in der Sache vorhanden ſind, ſie mögen unmittelbar hinter einander geſprochen ſeyn oder nicht. Das Anhalt Deſſauiſche Geſetz[68]) beſtätigt das Prinzip der drei gleichlautenden Urtheile, fordert aber nicht, daß ſie unmittelbar auf einander folgen. Das königl. ſächſiſche Mandat[69]) ſpricht aus, daß durch zwei in der Appellations-Inſtanz gleichförmig geſprochene Sentenzen, ohne Rückſicht, ob ſie unmittelbar gefolgt, jede Sache beſchloſſen ſeyn ſoll. Vergleicht man gegen ſolche Ausſprüche die Geſetze anderer deutſchen Staaten, erfährt man, daß Baiern von jeher höchſtens nur drei Inſtanzen kannte, und ohne Rückſicht, ob die Urtheile gleichförmig waren oder nicht, die Reviſion zuließ, daß in Oeſterreich[70]) das Rechtsmittel der Reviſion nicht Statt hat, wenn die zweite Inſtanz das erſte Urtheil beſtätigte, daß das preußiſche Geſetz[71]) Reviſion, wann die zwei Erkenntniſſe gleichlautend ſind, nur bei Objecten, welche 200 Thaler oder mehr betragen, zuläßt, daß die naſſauiſche Prozeßordnung[72]) auf ähnliche Art beſchränkt und daß endlich der franzöſiſche Prozeß nur zwei Inſtanzen kennt, hört man das Zeugniß der Erfahrung darüber, daß auch in den Staaten, in welchen die Rechtsmittel auf dieſe Art beſchränkt ſind, die Rechtspflege auf eine zweckmäßige Weiſe ausgeübt wird, und daß gar keine Vermehrung der Rechtsmittel

---

68) Erläuterungen, Veränderungen und Zuſätze zu einigen Titeln der Anhaltiſchen Landes- und Prozeßordnung vom 10. Juli 1822, zum XV. Titel. §. 4. S. 133.

69) Vom 13. März. 1822, §. 23.

70) Gerichtsordnung §. 260.

71) Gerichtsordnung Tit. XV. §. 2.

72) Prozeßordnung vom 23. April 1822, §. 99.

verlangt wird, ſo kann die Erörterung der Frage über die Inſtanzenzahl nicht überflüſſig ſcheinen. Hochgeachtete Schriftſteller, z. B. von Gönner[73]), von Reibnitz[74]) haben entſchieden ſich für die Einrichtung ausgeſprochen, daß wenn zwei gleichförmige Erkenntniſſe der erſten und zweiten Inſtanz vorhanden wären, kein weiteres Rechtsmittel zuläſſig ſeyn ſoll, welches dagegen dann eintreten ſollte, wenn das zweite Urtheil das erſte reformirt. Nur Bornemann[75]) hat in neuerer Zeit das, wie er meint, vortreffliche Prinzip: daß erſt drei gleichlautende Urtheile der Sache ein Ende machen, vertheidigt, vorzüglich auf die nothwendige Stimmenmehrheit im Verhältniß ſämmtlicher Richter, welche in der Sache urtheilten, mit Berufung auf die häufig kleine Richterzahl im Oberappellationsgerichte, und auf den Umſtand, daß in einem Collegio oft eine kleine Stimmenzahl Majorität bilden kann. Wenn man auch zugeben will, daß ein Oberappellationsgericht immer mit mehr Richtern beſetzt ſeyn ſoll, als die Gerichte der übrigen Inſtanzen, ſo kann man doch nicht das Verhältniß der Stimmenmehrheit nach der Zahl ſämmtlicher in verſchiedenen Gerichten in der Sache votirenden Richter berechnen, indem in jedem Collegio den Richtern andere Darſtellungen und Vorträge der Partheien (vorzüglich wenn Nova zugelaſſen werden) vorliegen, überall eine andere Berathung der-

---

73) v. Gönner Motive zum Entwurfe eines Prozeßgeſetzbuchs S. 834, ſ. jedoch S. 836.
74) v. Reibnitz Verſuch über das Ideal einer Gerichtsordn 1. Thl. S. 233.
75) Beitr. zur Verbeſſerung des Appellationsverf. S. 46—54

Abſtimmung vorhergeht, ſo daß man nicht die Stimmen der Richter zweiter Inſtanz zu denen der Richter des erſten Gerichts hinzuzählen darf, vielmehr das Urtheil jedes Gerichtshofs als eine in der Sache ergangene Stimme ohne Rückſicht, wie das Urtheil entſtand, anſehen muß. Bei der Frage über Inſtanzenzahl kann nun blos die Rückſicht entſcheiden, daß ſowohl dem Staate als den Partheien die Beruhigung gegeben werden könne, daß ein gerechtes Urtheil gefällt worden ſey. Hiezu aber reicht es hin, wenn nur der Ausſpruch eines Gerichts nicht iſolirt daſteht, wenn daher ein zweites vom erſten völlig unabhängiges Kollegium den Ausſpruch des Erſten auch dann beſtätigt, nachdem die Partheien Gelegenheit hatten, die Gründe des erſten Urtheils zu widerlegen und vollſtändig ihre Sache noch einmal vorzutragen, ſo daß die Ueberzeugung begründt werden darf, daß das zweite Gericht alle Gründe für und wider vollſtändig kannte, und ſeine Berathung daher umſichtig war. Daraus folgt die Zweckmäßigkeit der Einrichtung, daß in allen Fällen, in welchen das erſte Urtheil von der zweiten Inſtanz beſtätigt wird, kein weiteres Rechtsmittel, dagegen eine Berufung an die dritte Inſtanz dann geſtattet werde, wenn das zweite Urtheil das erſte reformirte. Nicht unberückſichtigt darf aber bleiben, daß die Inſtanzenzahl auch mit der Organiſation der Untergerichte zuſammenhängt. Sind dieſe Gerichte freilich mit adminiſtrativen und polizeilichen Geſchäften überladen, ſtehen nur Einzelnrichter ihnen vor, oder iſt die ſogenannte Collegialverfaſſung der Untergerichte nur eine Form ohne Gehalt, ſo würde die Verſagung der dritten Inſtanz eine Ungerechtigkeit ſeyn, vorzüglich wenn man die Urtheile der Untergerichte nicht als Urtheile, ſondern nur als

Verſuche [76]) betrachten will, in welchem Falle die Parthei erſt ein Urtheil gegen ſich hätte, wenn in zweiter Inſtanz das untergerichtliche beſtätigt würde, ſo daß man ſelbſt zu einer vierten Inſtanz conſequent gelangen müßte. Iſt dagegen jedes Untergericht ebenſo collegialiſch und mit völliger Trennung der Adminiſtration von der Juſtiz organiſirt, findet eine ebenſo vollſtändige Verhandlung wie bei einem Obergerichte Statt, erhalten die Gerichte eine Organiſation, wie die Tribunale erſter Inſtanz in Frankreich, ſo wird gegen die Zweckmäßigkeit des obigen Vorſchlags nichts einzuwenden ſeyn.

Nicht weniger als die Inſtanzenzahl war von jeher die Beſchränkung der Rechtsmittel nach gewiſſen Summen ein Gegenſtand des Streits. Wenn zwar denjenigen, welche überall keine Summen entſcheiden laſſen wollen [77]), zugegeben werden muß, daß der Werth der Sache und die Summe nicht in den Augen des gerechten Richters entſcheiden dürfe, daß bei einer geringfügigen Sache, die Gefahr eines ungerechten Urtheils ebenſo groß ſeyn kann, wie bei einer Streitſache von Millionen, daß nicht ſelten ein Prozeß, der wenige Thaler betrifft, eben ſo viele Schwierigkeiten und juriſtiſche Controverſen, als ein Rechtsſtreit um große Summen, darbieten kann, wenn es wahr iſt, daß für den Armen wenige Thaler oft mehr werth ſind, als für den Reichen Hunderte, daß endlich die Beſtimmung des Daſeyns der Appel-

76) S. darüber den zweiten Beitrag dieſer Schrift S. 11.

77) S. Vorſt Grundlinien für eine vernünftige Geſetzgebung des Civilproz. S. 120. Sibeth Kritik des gemeinen und Meklenburg. Proz. 11. Heft, S. 48. Bellot exposé des motifs sur la loi de procédure p. 186. Globig censura rei indic. forens. vol. II. p. 228.

lationsſumme, nicht ſelten neue Streitigkeiten veranlaßt, ſo muß man doch nach Erwägung der menſchlichen Verhältniſſe für die Beibehaltung der Appellationsſummen ſich erklären [78].

Schon ältere deutſche Prozeßordnungen des XVI. Jahrhunderts [79] kennen dieſe Beſchränkungen, alle Partikular-Prozeßgeſetzgebungen beſtätigen ſie [80] und neue Geſetzgebungen behalten ſie bei, z. B. die preußiſche [81], naſſauiſche [82], meklenburgiſche [83], würtenbergiſche [84].

Erwägt die Geſetzgebung nur die Regel und nicht ſeltene Ausnahmen, berückſichtigt ſie in den letzten die

78) S. auch Gönner Motive zum Prozeßentwurfe S. 830. Reibnitz Verſuch über das Ideal einer Gerichtsordnung. 1. S. 240.

79) S. heſſiſche Hofgerichtsordn. von 1500 Tit. von Appellation. S. Kopp heſſ. Gerichtsverf. II. Thl. S. 216 in Not. Freiburger Statuten von 1520, fol. 23. Henneberger Landesordn. von 1539, II. Buch 6. Tit. §. 1.

80) S. von Baiern Cod. Jud. bav. cap. XV. §. 3. Unter 50 fl. darf gar nicht an die zweite Inſtanz, unter 300 fl. nicht bei zwei gleichförmigen Urtheilen, ſonſt nicht unter 100 fl. an die dritte Inſtanz appellirt werden. Von Sachſen ſiehe Kori Theorie S. 276, ebenfalls gewöhnliche Summe 50 fl. Von Baden ſ. Obergerichtsordn. von 1803. §. 124, 127, 149.

81) Gerichtsordn. Tit. XIV. Unter 30 Thlr. gar nicht Appellation, unter 100 Thlrn. oder 200 bei zwei conformen Urtheilen nicht Reviſion.

82) Nach Naſſau. Prozeßo. von 1822. §. 100. 50 fl. bei Appell an die zweite, und 100 fl. an die dritte Inſtanz.

83) Kamptz Mecklenburg. Civilprozeß S. 362. Verſchieden 10, oder 30, oder 200 Thlr.

84) Würtemberg. Edikt von 1818. §. 152. Appellation bei Beſchwerden über 50 fl.; es entſcheidet aber die Summe gar nicht, wenn das Object, ſo gering es ſeyn mag, das ganze Vermögen einer Parthei ausmacht.

Nothwendigkeit, daß auch der Einzelne hier wie in anderen Fällen einen dem Wohle des Ganzen nothwendiges Opfer bringe, betrachtet ſie die Perſonen, unter welchen ſolche Streitigkeiten vom geringen Werthe vorkommen, und die Einfachheit der Verhältniſſe, in welchen dieſe geringfügigen Streitigkeiten entſtehen, macht ſie die zweckmäßige Ausnahme, daß bei allen unſchätzbaren Sachen keine Summe entſcheidet, und hat ſie die Forderungen der Mehrzahl der Bürger vor Augen, ſo muß die Beſchränkung der Rechtsmittel nach Summen als nothwendig vertheidigt werden, jedoch nur unter zwei Vorausſetzungen: 1) daß ſchon die Gerichte erſter Inſtanz collegialiſch und ſo organiſirt ſind, daß vor ihnen eine vollſtändige Verhandlung wie vor den Obergerichten Statt finden, und daher ein gerechtes Urtheil erwartet werden kann; 2) daß in gewiſſen Fällen wegen der Beſchaffenheit der Beſchwerde ohne Rückſicht auf die Summen Rechtsmittel ergriffen werden dürfen. Die erſte Rückſicht führt zu der Betrachtung, daß eine Abſchneidung der Appellation wegen geringer Summen ſich nicht in Ländern rechtfertigen laſſe, in welchen die Untergerichte nur aus einem Beamten beſtehen, nicht blos Juſtizbehörden ſind, und nur auf eine gewöhnlich ſehr magere mündliche Verhandlung entſcheiden müſſen; die Forderung, daß die Partheien mit den Urtheilen ſolcher Gerichte [85]) ſich begnügen müſſen, deren Urtheile der Staat ja ſelbſt nur als Verſuche betrachtet, heißt den Bürgern in den einfachen Fällen die Juſtiz verweigern. Aus dieſem Grunde verdient auch die fran-

---

85) S. auch Hurlebuſch Beiträge zur Civil- und Criminalgeſetzgebung. II. Heft. S. 112.

zöſiſche Verfaſſung Tadel, welche in gewiſſen [86]) Fällen in erſter und letzter Inſtanz Friedensgerichte entſcheiden laſſen, welche ſelbſt im Sinne der franzöſiſchen Geſetzgebungen nicht als wahre Gerichte betrachtet werden können. [87]). Die zweite Rückſicht verlangt, daß auch in der geringfügigſten Sache eine Appellation geſtattet werde, a) ſo oft das Gericht bei Inſtruktionshandlungen oder bei der Entſcheidung nicht mit der geſetzlichen Richterzahl beſetzt war, b) ſo oft in der Verhandlung eine unter Strafe der Nichtigkeit vorgeſchriebene Form verſäumt wurde, c) wenn der Appellant zwiſchen dem klaren Text des Geſetzes und dem Inhalt des Urtheils, einen Widerſpruch nachweiſen kann [88]).

Auf ähnliche Weiſe hat man von jeher in der Beſchaffenheit der Sachen und der Urtheile einen Grund der Beſchränkung der Rechtsmittel gefunden [89]). Einige dieſer Fälle, z. B. Verhöre zum ewigen Gedächtniß, Inhäſivbeſcheide, Deklaratorien unterliegen keinem Zweifel, weil ſie keine der Rechtskraft fähige Verfügung enthalten, andere, z. B. Polizei- und Adminiſtrationsſachen gehören nicht hie-

---

86) S. oben zweiter Beitrag dieſer Betrachtungen S. 23 in Sachen unter 50 Franken; noch ſchlimmer iſt's, wenn, wie in Rheinpreußen, die Summe auf 20 Thaler erhöht worden iſt.

87) S. noch Meyer esprit, origine et progrès des institutions. vol. V. p. 368.

88) S. auch Code de procédure de Génève, art. 304. Bei dem dritten Falle möchten jedoch aus den unter §. IV. V. anzugebenden Gründen Zweifel obwalten.

89) S. von Sachſen Kori Theorie des ſächſ. Proz. §. 159. von Meklenburg. Meklenb. Ober-A. G. O. §. 41. Bremiſche Gerichtso. § 490. Weimar. Ober-A. G. O. §. 20, 22. Zerbſter Ober-A. G. O. §. 16, 17.

her, weil ſie keine Prozeßſachen ſind; aber man rechnet zu den inappellablen Fällen auch einige, bei welchen Zweifel nicht unterdrückt werden können, z. B. Injurienſachen, wenigſtens in ſo ferne als nicht an die dritte Inſtanz appellirt werden darf, wenn die Sache zwiſchen nicht ſchriftſäßigen Perſonen verfällt [90]).

In neuerer Zeit iſt die Verſagung der Appellation in ſolchen Fällen durch die Behauptung gerechtfertigt worden [91]), daß die geringſten Rangklaſſen der bürgerlichen Geſellſchaft für die Angriffe der Ehre minder empfindlich, der daraus erwachſende Aerger vorübergehender iſt, und alles nur darauf ankömmt, daß die Zänkerei ein Ende habe. Wenn man auch zugeben will, daß die ganze Geſetzgebung über Injurien einer Reform bedürfe, daß die actio aestimatoria am beſten ganz aufgehoben werden ſoll, ſo muß man doch nach den jetzigen Ständemiſchungen, wo der Bauer und Bürger wie der Schriftſäßige volle bürgerliche Ehre genießt, und jeder Auszeichnung fähig iſt, keinen Unterſchied der Injurienſachen nach den Ständeklaſſen machen und die Appellation, wenn man ſie dem beleidigten Schriftſäßigen zugeſteht, nicht dem Manne geringeren Standes entziehen. Am richtigſten wird es die Zuläſſigkeit der Appellation gegen die im Laufe des Prozeſſes ergehenden Erkenntniſſe richtig zu beſtimmen. Es iſt bekannt, daß das römiſche Recht [92]) nur eine Appellation gegen Definitiverkenntniſſe

---

90) S. Preuß. Gerichtsordn. Tit. XXXIV. §. 14. Meklenburg. Ober-A. G. O. §. 41 Nro. 10. Weimar. Ober-A. G. §. 20 Nro. 5. Zerbſter §. 16 Nro. 5. Von Hannover ſiehe Oeſterlei hannov. Proz. II. Thl. S. 316.

91) Reibnitz Verſuch 1 Thl. S. 242.

92) L. 36. Code de appell. S. jedoch l. 2. D. de appell. recip.

kennt; erſt das canoniſche Recht [93]) und die Reichsgeſetze, welche dem letzten folgten [94]), dehnten die Appellation aus, beſchränkten ſie jedoch wieder auf ſolche Beiurtheile, wo nicht die Beſchwerung durch die Appellation von der Endurtheil der Hauptſach erſtatt, d. h. gehoben werden mag. Partikularordnungen des XVI. Jahrh. [95]) folgten der Vorſchrift, und es kam nur darauf an, richtig zu beſtimmen, welches Zwiſchenurtheil von der Art wäre, daß es einem Endurtheile gleichgeſtellt werden kann, oder eine Beſchwerde in ſich hielt, welcher durch ſpätere Appellation von dem Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden könnte [96]), oder wie andere Geſetze beſtimmten [97]), welche ein merkliches Präjudiz nach ſich zögen. Die Praxis erſchwerte ſich ſelbſt die Anwendung, weil man eben ſo ſehr ſchwankte ob eine gerichtliche Verfügung in Form eines Dekrets oder eines Beſcheids erlaſſen werden ſollte; geſchah, das letzte, ſo ließen ſich ohnehin die Advokaten die Rechtsmittel nicht rauben; aber auch bei dem erlaſſenen Dekrete verſuchte man die Appellation, weil man leicht einen Schein zur Deduktion eines merklichen

---

93) C. 60. X. de appell. c. 1. 10. de appell. in 6to.

94) Kammergerichtsordn. von 1495, §. 20, von 1555. II. Thl. Tit. 28. v. §. 6. Tit. 29. §. 4. R. A. v. 1570, §. 91. R. Dep. Ab. von 1600, §. 113.

95) S. ſchon heſſiſche Gerichtsordn. von 1497. Tit. von der Kriegsbefeſtigung. Reformat. von 1524. Tit. von der Appellation. Kopp heſſ. Ger. V. II. Thl. S. 216. Baieriſche Gerichtsordn. von 1520. Tit. 10. Art. 7. Solmiſche Landr. Tit. 38, §. 1.

96) S. z. B. die Sprache der Frankfurt. Ref. I. Thl. Tit. 43, §. 3, u. Orth Anmerk. II. Thl. S. 874.

97) Baier. Jud. Cod. von 1753. Cap. XV. §. 3.

Präjudizes ſtand. Auf dieſe Art wurden die Prozeſſe ins Unendliche verlängert und durch Aktenverſendungen höchſt koſtſpielig gemacht. Erſt die neuere Zeit verſuchte dem Unweſen zu ſteuern, und einen großen Schritt hatte die preußiſche Geſetzgebung gethan, indem ſie ſtatt der vielen Zwiſchenurtheile den Gang des Verfahrens durch Dekrete und Reſolute zu ordnen gebot, ſelbſt kein wahres Beweisinterlokut, das als rechtskräftig den Richter verbindet, erläßt, und daher keine Appellation gegen das Beweisdekret geſtattet [98]), jedoch den Partheien geſtattet, den Rekurs zu ergreifen, der jedoch keine Suſpenſivkraft hat. Unfehlbar iſt dadurch ein Grund einer traurigen Prozeßverzögerung beſeitigt, und es empfiehlt ſich dieß Syſtem völlig [99]), ſobald man nur zugiebt, daß kein eigentliches in Rechtskraft übergehendes Interlokut gefällt werden ſoll; ſo gerne dies für den unter Vorausſetzung ausgezeichneter der Unterſuchungsmaxime ausübender Richter im mündlichen Prozeſſe zugegeben werden kann, ſo wenig kann der Verfaſſer dieſer Bemerkungen aus den ſchon angegebenen Gründen [100]) dafür ſtimmen, daß auch im deutſchen ſchriftlichen Prozeſſe, die Appellation gegen Beweisinterlokute aufgehoben werden möchten. Kenner des preußiſchen Prozeſſes [101]) haben aber auch gegen das

---

98) Gerichtsordn. Tit. 10, §. 57. Dies Syſtem hat auch das Würtemberg. Edikt von 1818, §. 150, angenommen.

99) S. Zum-Bach vollſtänd. Gegeneinanderſtellung der Hauptmomente der preuß. u. franzöſ. Prozeßordn. S. 276.

100) S. zweiter Beitrag dieſer Schrift Nro. VII. S. noch Welſch Reviſion der Geſetzgebung und Rechtspflege. 1. Heft. S. 46.

101) S. Bandel Gutachten über die ſchickliche Vereinigung der baier. und preuß. Prozeßordn. S. 30, und der Verf.

preußiſche Rekursſyſtem überhaupt gewichtige Einwendungen gemacht. Der franzöſiſche Prozeß glaubte durch eine Trennung der vorbereitenden und der Zwiſchenurtheile den Streit am beſten beigelegt zu haben [102]), und ließ gegen die erſten keine Berufung, wohl aber gegen die zweiten zu; allein man bemerkt bei genauerer Verfolgung der franzöſiſchen Praxis bald, daß dadurch ein neuer Streit entſteht, nämlich über die Frage: was zu den vorbereitenden oder den interlocutoriſchen Urtheilen zu rechnen iſt [103]). So entſtand Streit, ob ein Urtheil, welches expertise anordnete [104]), oder über die Einlaſſung eines Dritten auf den Streit verfügt [105]), oder Erſcheinung der Partheien zur Vernehmung bei Gericht, oder zur Erklärung über Artikel ausſpricht [106]) oder einen Schiedsrichter zur Aufnahme und Prüfung einer Rechnung anordnet [107]) wie vorbereitendes Urtheil oder ein Interlokut ſey und es findet ſich, daß der Gerichtsgebrauch darüber nicht feſt ſeyn kann, weil Alles von der beſonderen Beſchaffenheit der Umſtände, nämlich davon abhängt, si le jugement préjuge le fond ou non. Es iſt auch ſchon oben erwähnt wor-

der Schrift: über die Nothwendigkeit und Einrichtung einer collegial. und öffentlichen Rechtspflege. (Leipzig 1819) S. 131.

102) Code de proc. art. 451, 452. S. ſchon loi du 3. brumaire an II.

103) S. Berriat St. Prix cours p. 227. Pigeau proc. civil t. I. p. 477. Carré traité et questions. t. I. p. 191 Nro. II. p. 37.

104) S. arrêté vom 14. Nov. 1815.

105) Arrêté vom 1. Juli 1809.

106) Carré l. c. t. II. p. 39.

107) Journal des avoués, t. 7. p. 97.

den, daß die franzöſiſche Jurisprudenz nicht einmal das Interlokut als rechtskräftig in der Art annimmt, daß es unbedingt den Richter verbinde [108]. Die dem franzöſiſchen Prozeſſe nachgebildeten Prozeßordnungen haben daher weiſe den franzöſiſchen Unterſchied nicht angenommen; — das Geſetz von Génève [109]) läßt nur gegen gewiſſe Zwiſchenverfügungen eine Berufung zu, nämlich wenn ſie Zeugenbeweis in Sachen über 150 Francs, oder Verifikation einer öffentlichen Urkunde ohne zugleich inscription en faux oder überhaupt eine geſetzlich verbotene Prozeßhandluug auszuſprechen; der heſſiſche Entwurf [110]) zog es vor, bei den einzelnen Interlokuten, klar zu beſtimmen, ob Appellation nothwendig oder zuläſſig ſey, und geſtattet gegen Beweisinterlokute eine abgeſonderte Berufung, ohne es jedoch zu gebieten, ſo daß auch die Appellation von der Beweisſentenz mit der von der dereinſtigen Endſentenz verbunden werden darf, ohne daß dann gegen eine Parthei aus dem Verſuche des aufgelegten Beweiſes etwas Nachtheiliges gefolgert werden könnte [111]). Die neuen deutſchen Prozeßgeſetze mit Ausnahme der Würtenbergiſchen erkennen die Zuläſſigkeit der Appellation gegen Beweisinterlokute, und wählen entweder das Syſtem, nur auszuſprechen: daß gegen prozeßleitende Dekrete, welche nicht als endliche Zwiſchener-

---

108) S. den zweiten Beitrag dieſer Betrachtungen S. 128.
109) Code de Génève art. 307. Exposé des motifs p. 207.
110) Neue Civilprozeßgebung für das Großherzogthum Heſſen. I. Heft S. 101 u. II. Heft S. 139.
111) Das Prozeßgeſetzbuch für den Canton Teſſin, Art. 397, läßt Appellation, jedoch ohne Suspenſiveffect, zu, gegen sentenze, che non feriscano il merito della controversia.

Staatl. Bibliothek Regensburg

kenntniſſe angeſehen werden können [112]), oder gegen bloße Interlokute, die nur den Prozeßgang leiten, und auf keine Weiſe die Wirkung eines endlichen Erkenntniſſes haben [113]) keine Berufung Statt finden ſoll [114]), oder ſie fanden es zweckmäßiger beſtimmt auszuſprechen gegen welche Arten von Zwiſchenverfügungen die Appellation zuläſſig ſeyn ſoll; dies haben vorzüglich die baieriſche Novelle [115]) und die naſſauiſche Prozeßordnung [116]) gethan. Die letzte verfügt, daß Appellation künftig nur Statt finde 1) gegen das Erkenntniß über Einrede der Incompetenz, 2) gegen Urtheile über Einreden der Legitimation zur Sache oder der fehlenden Fähigkeit zur Rechtsverhandlung, 3) gegen Urtheile, welche den Streit über Prozeßart entſcheiden oder einen Concurs eröffnen, 4) welche einen Beweis auflegen, 5) oder einen Eid zu ſchwören auftragen und zugleich das Endurtheil angeben, 6) wenn das Endurtheil auch nur proviſoriſche Verfügungen entſcheidet; dagegen ſoll wegen einfacher ſonſtigen Dekrete und Zwiſchenbeſcheide nicht appellirt werden, auch wenn die Parthei ohne Vorbehalt ſie befolgte, obwohl der Beſchwerte bei der nächſten zuläſſigen Berufung ſeine Rechte geltend machen kann; daſſelbe ſoll gelten, wenn die Parthei, welcher einen Beweis aufgelegt worden, nicht unmittelbar dagegen Appellation ergriff, ſo wie überhaupt Beweisinter-

---

112) So drückt ſich die bremiſche Gerichtso. Art. 490 aus.
113) S. Weimar. Ober-A. G. O. §. 20 Nro. 2. Zerbſter O. G. O. §. 16 Nro. 2.
114) Ueber Meklenburg ſ. Ober-A. G. O. §. 41, vergl. mit §. 38 u. 51, und Meklenburg. Rechtsſprüche Nro. 45.
115) Baier. Geſ. vom 22. Juli 1819, §. 18, 19, und von Gönner Commentar hiezu S. 237—308.
116) Naſſau. Prozeßordnung vom 23. April 1822, §. 98, 99.

lokute nicht präjudiziell ſeyn ſollen. — Die baieriſche Novelle verfügt, daß wegen einfacher Dekrete und Zweiſchenbeſcheide keine Appellation Statt finde, und daß derjenige, welcher ſich beſchwert glaubt, dagegen bei der weiteren Verhandlung des Prozeſſes ſich bei Gericht verwahren muß, und dadurch ſich das Recht vorbehält, die Beſchwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil zu verbinden. Zuläſſig iſt die Appellation, 1) gegen Erkenntniſſe, wodurch der Kläger mit der Klage ganz oder bedingt abgewieſen wird; 2) wodurch die forideklinatoriſche Einrede des Beklagten verworfen, oder 3) der Beklagte mit Verwerfung der von der Einlaſſung befreienden Einrede zur Einlaſſung auf die Klage verurtheilt wird; 4) Erkenntniſſe über Prozeßart; 5) Beſcheide, wodurch einem Theile der Beweis aufgelegt wird.

Vergleicht man dieſe verſchiedenen Syſteme, ſo kann es 1) nicht bezweifelt werden, daß am zweckmäßigſten die Geſetzgebung die einzelnen Arten der Zwiſchenurtheile angiebt, gegen welche die Appellation zuläſſig iſt, ſo daß gegen alle dort nicht genannten Dekrete die Berufung als unzuläſſig erkannt iſt. 2) Eine Vereinfachung der Sache iſt ohnehin dann zu erwarten, wenn der Prozeß nicht mehr blos ſchriftlich durch eine Menge von prozeßleitenden Dekreten geführt, ſondern eine öffentliche, mündliche Verhandlung am Schluſſe des ſchriftlichen Vorverfahrens eingeführt und dem Gerichte die Möglichkeit, perſönliche Aufklärung zu verlangen, gegeben, vorzüglich, wenn das Heer der ſummariſchen Prozeſſe, über deren Anwendung immer Streit entſteht, beſchränkt wird. 3) Was die Zahl der Fälle betrifft, in welchen die unmittelbare Berufung zuläſſig ſeyn ſoll, ſo geben zwar die baieriſche und naſſauiſche Geſetzgebung die beſte

Andeutung, allein ſie ſcheinen weder hinreichend die Fälle zu erſchöpfen, noch genug zu beſchränken; das Erſte nicht, weil es ſchiene, daß auch bei Erkenntniſſen über Inzidentpunkte, [117]) z. B. proviſoriſche Alimentation keine Berufung Statt fände, ungeachtet ein oft unerſetzlicher Nachtheil daraus entſtehen kann, oder viele Fälle vorkommen können, in welchen Berufung nothwendig wegen des einer Parthei drohenden Schadens iſt, ungeachtet die Geſetze ſie nicht nennen, z. B. wenn das in der Replik oder Duplik vorgebrachte Novum verworfen, oder wenn ein irrelevanter Eid, oder eine völlig unrichtige Eidesformel aufgelegt wird; [118]) dagegen iſt man mit der Berufung zu freigebig, wenn man gegen jede Verwerfung einer von der Einlaſſung befreienden Einrede Appellation zuläßt, [119]) oder ſie auch dann geſtattet, wenn über die Prozeßart erkannt wird. [120]) 4) Sehr weiſe ſcheint es, wenn bei dem Beweisinterlokute es der Par-

---

117) S. jedoch v. Gönner Commentar, S. 263.

118) Das würtenberg. Edikt, §. 153, giebt daher eigene Regeln über die Berufungen gegen Erkenntniſſe auf Eid.

119) Man weiß ja wie in der Praxis die Frage: was prozeßhindernde Einrede ſey, beſtritten iſt; ein Heer von Berufungen wird daher wieder eingeführt werden, ſobald der Richter es wagt, eine ſolche oft chicaneus vorgeſchützte Einrede zu verwerfen. Nach der baier. Novelle, §. 8, befreit auch die exc. cautionis von der Einlaſſung, und doch wird es nicht an Beſcheiden fehlen, in welchen die exc. cautionis wird verworfen werden müſſen.

120) Wer es weiß, wie oft über Zuläſſigkeit des Executiv-Mandats oder ähnlicher Prozeſſe geſtritten wird, und wer die Sitte kennt, ſchon am Anfange des Prozeſſes auch aus richtigen Vorwänden die Prozeßart zu beſtreiten, kann kaum das Recht der Berufung vertheidigen.

thei zwar geſtattet wird, zu appelliren, ihr aber auch erlaubt wird, die Berufung bis zu der gegen das Endurtheil aufzuſchieben; [121]) nicht ſelten wird die Parthei blos deswegen appelliren, weil ſie befürchtet, daß die Unterlaſſung der Appellation das Urtheil rechtskräftig machen könnte; ſtellt man ſie aber deswegen ſicher, ſo wird manche Parthei, wenn ſie auch die Beweisauflage für beſchwerend hält, lieber den Verſuch wagen und den Beweis antreten, als Berufung ergreifen; während dem wirklich Beſchwerten der Weg nicht verſperrt iſt, die Beſchwerde ſchon jetzt heilen zu laſſen, und dadurch Zeit und Geld zu erſparen. 5) Was die Beſtimmung betrifft, daß derjenige, welcher gegen ein prozeßleitendes Dekret nicht appelliren darf, am Schluſſe des Prozeſſes es nachholen kann, ſobald er ſich nur gehörig verwahrt und ſich das Recht vorbehält. [122]); ſo iſt das Syſtem des heſſ. und naſſ. Geſetzes, nach welchem es einer Verwahrung nicht bedarf, gewiß vorzuziehen, wenn man erwägt, daß eine Verwahrung dieſer Art in den meiſten Fällen in eine nutzloſe Formalität ausarten wird. Von einer Verhinderung der Rechtskraft läßt ſich nicht ſprechen, weil eine Rechtskraft der Dekrete nicht exiſtirt, und z. B. deswegen, weil der Richter einen untüchtigen Zeugen gegen die Einwendungen des Produkten als fähig vernahm, der Zeuge kein klaſſiſcher Zeuge werden kann. Die Partheien werden wegen des unbedeutendſten Nachtheils] feierliche Verwahrungen einlegen, und die Zahl der Prozeßſchriften wird ver-

121) Dies ſchlagen vor Engelhard Entwurf einer verbeſſerten Geſetzg. Art. 412, und heſſ. Civilprozeßgebg. Art. 35. Motive I. Heft, S. 102.

122) V. Gönner vertheidigt dies im Comment. S. 276-80.

mehrt werden; am wenigſten aber mag das Verwahrungsſyſtem bei einer Geſetzgebung vertheidigt werden, welche auf Entfernung der Advokaten und auf die Gewährung der Möglichkeit berechnet iſt, daß die Partheien ſelbſt ihre Rechtsſtreite führen. —

Schon aus dem bisher Vorgetragenen ergiebt ſich wohl leicht der Beweis, daß die nicht devolutiven Rechtsmittel, z. B. Leuterung, Supplikation mit einer zweckmäßigen und gerechten Verfaſſung nicht beſtehen können. Es iſt nicht zuviel geſagt, wenn man behauptet, daß ein Rechtsmittel bei demſelben Gerichte ſo gut wie keines iſt.[123]) Wer, der die Menſchen (und Richter ſind Menſchen) kennt, mag erwarten, daß der Richter ſein eigenes Erkenntniß aufheben wird? Iſt es nicht eine eben ſo große Demüthigung und Beleidigung, dem Richter die Aenderung des Urtheils zuzumuthen, d. h. ihm zu ſagen, daß er wohl das Erſtemal nicht genau genug den Fall erwogen haben wird, als es eine Täuſchung der Partheien iſt, welchen der Anwalt verſichert, daß ein Rechtsmittel ergriffen werden ſoll, während nur ein in den meiſten Fällen überflüſſiger Verſuch bei dem nämlichen Gerichte gemacht wird? So lange die Schöffenverfaſſung beſtand, ſo lange nicht der Richter, ſondern die Schöffen Urtheile fanden, mochte die Leuterung noch eine Bedeutung haben, weil andere Schöffen entſcheiden konnten; ſeit der Zeit aber als rechtsgelehrte Richter entſchieden, als vorzüglich bei den Aemtern nur ein Richter das Urtheil fällt, iſt die Leuterung eine täuſchende Formalität. Will man zwar ſich darauf berufen, daß mit der Leuterung die Aktenverſendung gewöhnlich eintreten wird, daß alſo andere, von den

---

123) S. auch Hurlebuſch Beiträge, II. Heft, S. 116.

erſten unabhängige, Richter entſcheiden, ſo ſcheint doch bald die Zeit gekommen zu ſeyn, in welcher die einſt ehrwürdige Aktenverſendung ihrem Ende nahe iſt. Mit der einzuführenden Oeffentlichkeit ſteht ſie ohnehin im Widerſpruche, und die große dadurch entſtehende Verzögerung der Prozeſſe, die Vermehrung der Koſten dürften wohl dringend jedem Geſetzgeber rathen, welcher die Kraft in ſich fühlt, eine weiſe Juſtizverfaſſung in den inländiſchen Gerichten ſeinem Volke zu geben, eine koſtſpielige Form aufzuheben, wie dies Preußen, Baiern, Baden, Heſſen u. a. mit Glück gethan haben. Einen großen Schritt zur Verbeſſerung durch Aufhebung der Leuterung in den untern Inſtanzen, haben in neueſter Zeit Sachſen [124]) und Anhalt [125]) gethan.

Noch bedarf die Frage einer Beantwortung, ob, wenn eine dritte Inſtanz vorkömmt, ſie auf die nämliche Art, wie die zweite, eine neue Inſtruktion und Verhandlungen zulaſſen, oder ſie nur als Reviſionsinſtanz in der Art gelten laſſen will, daß nur auf den Grund der vorigen Verhandlungen die Rechtmäßigkeit des vorigen Urtheils geprüft werden ſoll. Das zweite Syſtem iſt das des preußiſchen Prozeſſes. [126])

Geht man von der oben nachgewieſenen Nothwendigkeit aus, daß in allen Fällen, in welchen die zweite Inſtanz das Urtheil der Erſten reformirt, die Sache an eine dritte Inſtanz gelange, ſo iſt dieſelbe gar nicht von der zweiten zu unterſcheiden, und die nämlichen Befugniſſe der zweiten müſſen auch der dritten

---

124) Königl. Sächſ. Mandat, v. 13. März 1822, §. 22.

125) Erläuterungen, Zuſätze und Veränderungen der Anhaltiſchen Landesordn. v. Auguſt 1822, zu Tit. XV. §. 2.

126) Gerichtsordn. Tit. XV. §. 10.

zukommen; das Rechtsverhältniß iſt ſogar dadurch, daß zwei widerſprechende Urtheile vorliegen, noch ſchwieriger geworden, und es muß den Partheien geſtattet ſeyn, alles, was zur Aufhellung der Wahrheit beiträgt, jetzt, wo das Ende bevorſteht, vorzutragen. Man kömmt ſonſt von ſelbſt zur Begünſtigung der Reſtitutionsgeſuche, wenn man hart gegen die Partheien in den letzten entſcheidenden Momenten ſeyn will, und führt neue Streitigkeiten über die oft ſchwierigen Fragen herbei, in wie ferne das Vorgebrachte ein wahres Novum ſey.[127])

Nicht ganz zu billigen iſt daher auch die Anſicht,[128]) nach welcher die dritte Inſtanz nur eine beſondere Wohlthat ſeye, nicht an einfache Rechtsſachen verſchwendet, ſondern für wichtigere Gegenſtände aufbewahrt werden ſoll. Im Zuſammenhange damit ſteht dann die Anſicht, nach welcher bei der dritten Inſtanz eine beſondere Summe nothwendig wird, und in einigen Fällen gar keine Berufung an die dritte Inſtanz Statt finden ſoll. Es wird hier Alles darauf ankommen, ob die dritte Inſtanz überhaupt ohne Rückſicht auf das Daſeyn von zwei gleichförmigen oder verſchiedenen Urtheilen, oder nur dann eintreten ſoll, wenn in zweiter Inſtanz das erſte Urtheil reformirt iſt. Entſcheidet die letzte Rückſicht, ſo kann es auf keine andere Summe ankommen als in zweiter Inſtanz, es kann kein Fall ausgenommen werden, weil man ſonſt behaupten müßte, daß in einigen Fällen auch bei der völligen Disparität der Stimmen das letzte Urtheil gelten ſoll, weil — es das letzte iſt. Nimmt man da-

---

127) S. auch Reibnitz Verſuch über das Ideal, 1. Thl. S. 252.

128) V. Gönner Com. zur baier. Novelle, S. 311.

gegen das Erſte an, ſo iſt die Einrichtung gewiß zu empfehlen, nach welcher, wenn zwei conforme Urtheile da ſind, keine Berufung an die dritte Inſtanz Statt finden ſoll. [129])

§. II.

Appellationsverfahren.

Frägt man um die Urſachen der auffallend großen Verſchiedenheit des appellationsgerichtlichen Verfahrens in Deutſchland, ſo ergiebt ſich die Antwort leicht, wenn man erwägt, aus welchen Elementen das heutige Verfahren hervorgegangen iſt, und wie Alles nur der Praxis überlaſſen werden mußte. Betrachtet man das eine Element, das römiſche Recht, deſſen Anwendung, das Verfahren, der geiſtlichen Gerichte des Mittelalters, und vom XVI. Jahrhunderte an das der Landesgerichte beſtimmte, ſo kann nicht unbemerkt bleiben, daß der römiſche Prozeß, auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut, keine abſoluten Normen für unſeren ſchriftlichen Prozeß gewähren konnte; das römiſche Gericht erſter Inſtanz konnte keine Akten an das Obergericht einſenden, wie es im ſchriftlichen Prozeſſe möglich iſt, und in dem römiſchen Obergerichte mußte ein neues mündliches Verfahren beginnen, die Formen mußten auf ein nach Sitzungen und perſönliche Vorladung der Partheien eingerichtetes

129) Dies thun z. B. baier. Novelle v. 1819, §. 20, und naſſauiſche Prozeßordn., §. 99.

Verfahren berechnet ſeyn; und es iſt leicht nachzuweiſen, daß nur die Kenntniß des franzöſiſchen Verfahrens ein treues Bild des römiſchen Appellationsverfahrens zu geben vermag. Wollte man nun doch, wie es die Praxis that, römiſche auf ein ganz anderes Verfahren paſſende Formen auf unſeren ſchriftlichen Prozeß anwenden, ſo konnte es an ſchwankenden und unpaſſenden Beſtimmungen nicht fehlen. Noch ſtörender wirkte die ſklaviſche Nachahmung des reichsgerichtlichen Prozeſſes bei der Organiſation des Verfahrens vor den Landesobergerichten. Der ungeheuere Verzug, welcher aus jeder Annahme der Appellation bei den Reichsgerichten entſtand, ſo daß gewöhnlich erſt die zweite Generation den Ausgang des Prozeſſes erlebte, [1]) machte eine Beſchränkung der Appellation nothwendig, und erzeugte die Einrichtung, daß bei dem Reichsgerichte vor der Erkennung der Appellationsprozeſſe, die man wieder in processus appellationis plenos aut minus plenos eintheilte, [2]) ein processus informativus voraus gieng, in welchem das Gericht das Beſchwerdenlibell dem Unterrichter zum Bericht zufertigte, und darüber zuweilen noch den Appellanten mit ſeinem Gegenberichte hörte. Zeigte ſich nun die Unerheblichkeit der Beſchwerden, ſo wurden Appellationsprozeſſe ohne weiteres abgeſchlagen; im Gegentheile wurden die Prozeſſe erkannt, allein häufig nicht expedirt, ſondern es würde dem Untergerichte aufgetragen nachzuweiſen, wie das Gravamen gehoben werden könne, und erſt dann, wenn der Richter nicht

---

1) S. v. Gönner Jahrbücher der Geſetzgebung und Rechtspflege in Baiern. II. Bd. S. 197.

2) S. Freih. v. Kreitmayr Anmerk. ad Cod. Jud. bav. cap. XV. §. 7.

parirte oder gar nicht berichtete, wurde die Erkennung der Appellationsprozeſſe publizirt; jezt fingen erſt die häufig wiederholten compulsoriales an, wodurch der Unterrichter den Auftrag erhielt, die Akten voriger Inſtanz mit Bericht einzuſenden. [3]) Nach eingekommenen (häufig mußte der Fiskal exzitirt werden) Akten wurden erſt citationes an den Appellaten erlaſſen, und nun begann ein neues Verfahren mit Schriftenwechſel, in welchem die ſogenannten Inhibitiones eine Zwiſchenrolle ſpielten. Dieſem muſterhaft langſamen Verfahren wurde gewöhnlich das Verfahren in den deutſchen Obergerichten nachgebildet, und von wenigen Gerichtsordnungen, die ſich von dem Vorurtheile los machten, war es vorzüglich die baieriſche, [4]) welche ein einfacheres Verfahren organiſirte, nach welchem der Appellant ſich ſogleich an das Obergericht mit Ausführung ſeiner Beſchwerden wendete, worauf, ohne daß der Appellant die Akten auszulöſen oder erſt um Apoſtel ſuppliziren mußte, der Unterrichter Akten mit Entſcheidungsgründen oder Bericht einſendete, der Appellat ſeine Verantwortungsſchrift abgab, und nun ohne daß Repliken und Dupliken zugelaſſen wurden, von dem Obergerichte die Hauptſentenz ohne vorher erkannte Appellationsprozeſſe ergieng. Die Erfahrung hat dieſem Verfahren (wenige bemerkte Gebrechen ausgenommen) ein günſtiges Zeugniß ertheilt. Die preuſ. Geſetzgebung [5]) blieb auch im Appella-

---

3) Eine Abkürzung erfolgte durch jüngſten R. A. v. 1654 §. 61.

4) Cod. Judic. v. 1753 Cap. XV. und ſchon Sumar. Proz. v. 1616 Tit. 9 Art. 4 5 und Kreitmair's treffliche Anmerkungen zu dieſem Kapitel des Jud. Cod. v. 1753.

5) Gerichtsordn. Tit. XIV.

tionsverfahren dem Grundſatze treu, daß durch die Thätigkeit des Richters es jeder Parthei möglich gemacht werden müſſe, auch ohne Beiſtand von Advokaten ihren Rechtsſtreit zu verfolgen; die Parthei, welche keinen Juſtizkommiſſär hatte, wird daher von dem Gerichte über ihre Befugniſſe belehrt, und für die abweſende Parthei wird ſelbſt ein Bevollmächtigter aufgeſtellt; bei dem weiteren Verfahren kommen jedoch viele Diſtinktionen [6]) darnach vor, je nachdem von einem Untergerichte erſter oder zweiter Claſſe, oder von einem Landesjuſtizcollegium appellirt wird; überall bildet die mündliche im Geiſte der Unterſuchungsmaxime geführte Inſtruktion mit der Parthei oder ihrem Beiſtande bei Gericht die Grundlage, ohne daß es förmliche Erkennung von Appellationsprozeſſen bedürfte. — Der franzöſiſche Prozeß hängt mit der Mündlichkeit des Verfahrens, nach welchem das Untergericht keine Akten einſenden kann, zuſammen; es muß daher bei dem Obergerichte ein neues Verfahren beginnen, in welchem ſo vollſtändig das Vorige vorgetragen wird, daß das obere Gericht im Stande iſt, ein gerechtes Urtheil zu fällen. Da das Obergericht an einem andern Orte ſich befindet und ein neuer Advokat von den Partheien aufgeſtellt werden muß, da dieſem nicht, wie im ſchriftlichen deutſchen Prozeſſe, nur die geſammelten Akten erſter Inſtanz zur Information gegeben werden können, da vielmehr eine neue Inſtruktion ertheilt werden muß, ſo mußte das Geſetz auch eine längere Friſt, als in Deutſchland, geben, und ſo erklärt ſich die Friſt von

6) Gerichtsordn. Tit. XIV. §. 38 ꝛc. und Tit. XXV. §. 21 — 42 und §. 67.

drei Monaten, [7]) welche nicht vom Tage der Publikation, ſondern erſt vom Tage der Einhändigung des Urtheils an die Parthei in Perſon oder ihrem Wohnorte laufen kann, weil der Anwalt voriger Inſtanz kein Recht zu appelliren hat, ſondern erſt der Parthei einen neuen Anwalt beſtellen muß. Bei dem Obergerichte muß das Verfahren eben ſo, wie das Vorverfahren vor dem Gerichte erſter Inſtanz, eingeleitet werden. Iſt nur einmal die Appellation eingelegt, ſo iſt ſchon die Deſertion abgewendet, und es hängt nun von dem Appellanten ab, wann er das Rechtsmittel ausführen will, ſobald er nur dafür ſorgt, daß keine Peremtion der Inſtanz ihm eingewendet werden könne, welche in drei Jahren erfolgt. [8])

Die Einlegung der Appellation geſchieht durch eine einfache gar keine Beſchwerden enthaltende Vorladungsakte des Appellaten, [9]) ohne daß weiter das Untergericht (welches ja nach franzöſiſcher Anſicht nicht weiter die Vollziehung leitet) von dem Schickſale des Urtheils etwas erfährt. Der Appellat hat darauf nichts zu thun, als ſeinen Anwalt für die Appellationsinſtanz zu beſtellen. Erſt jetzt läßt der Appellant in einer magern Akte ohne alle Ausführung ſeine Beſchwerden dem Appellaten inſinuiren, [10]) und der Appellat könnte und ſollte darauf antworten, was jedoch ſelten geſchieht. Der Appellant betreibt nun ſo wie er das Intereſſe hat (denn jetzt iſt der beſtellte Anwalt Herr der Sache, und ſeine Erklärung, daß er noch nicht hinreichend vorbereitet ſey, wird dem Appellan-

---

7) Code de procédure art. 443.
8) Code de proc. art. 397.
9) Code 456.
10) Code art. 462.

ten genügen müſſen) die Sitzung; endlich kömmt die Sache auf die Role, und jetzt erhält das Appellationsgericht Kenntniß von der Sache, die es zu entſcheiden hat. [11])

Der Advokat des Appellanten plädirt zuerſt, [12]) der des Appellaten folgt ihm, und das Verfahren iſt wie in einer Sitzung des Gerichts erſter Inſtanz; das Gericht kann auch nach geendigtem Plädiren ein ſchriftliches Verfahren anordnen. [13]) Schwerlich kann dieſem Verfahren (von ſeinen Verwickelungen erſt bei den einzelnen Punkten) das Lob der Schnelligkeit gegeben werden; auch der Code von Génève [14]) hat ſchon Verbeſſerungen angebracht, z. B. der Appellant ſollte ſogleich mit der Appellationsvorladungsakte die Beſchwerden gegen das Urtheil angeben, allein die Gründe der Zögerung liegen in der Mündlichkeit, da keine Akten der vorigen Inſtanz vorliegen und conſequent wieder in der zweiten Inſtanz in der Sitzung mündlich und öffentlich verhandelt werden muß. Viel leichter wird es ſchon einer Geſetzgebung, welche, wie wir bisher vorſchlugen, in erſter Inſtanz ein ſchriftliches Verfahren wenigſtens von zwei Schriften organiſirt; in welchem Falle das obere Gericht ebenſo, wie der zweite Anwalt, leichter eine Grundlage für ihre Inſtruktion gewinnen. Will man auch den längeren Termin zur Appellation beibehalten, ſo hindert nichts vorzuſchreiben, daß der Appellant intra terminum eine vollſtändige Beſchwerdeſchrift, mit Angabe der

---

11) Ueber Anordnung der Sitzung, Folgen des Ausbleibens u. A. ſ. décret vom 30. März 1808 §. 18 — 39.
12) Berriat St. Prix Cours p. 381.
13) Code art. 461.
14) Exposé de motifs de la loi de procédure p. 209 — 216.

Beſchwerden und mit Ausführung derſelben und Angabe etwaiger neuer Thatſachen, dem Obergerichte einreiche, und zugleich ein Exemplar davon dem Appellaten inſinuiren laſſe. Der Appellat muß dann in einem peremtoriſchen Termine auf die Nova antworten, eine Gegendeduktion, wenn er will, liefern, und ſeine Nova anzeigen, worauf das Gericht einen Tag zur Sitzung beſtimmt. In der Sitzung könnte das Verfahren des franzöſiſchen Caſſationshofes am beſten angewendet werden; nicht das Plädiren der Partheien ſoll daher den Anfang machen, ſondern ein Vortrag des ernannten Referenten aus den eingereichten Schriften; ſo gut dies bei dem Caſſationshofe möglich iſt, ſo leicht wird es auch bei dem Appellationshofe angewendet werden können; erſt nach dem beendigten Vortrage würde dann jedem Advokaten ein mündlicher Vortrag geſtattet ſeyn. [15])

Wenden wir uns nun, in Vorausſetzung der Beibehaltung des ſchriftlichen Verfahrens, zu den einzelnen Theilen des Verfahrens, ſo ſtoßen wir auf die Frage: ob es zweckmäßiger ſey, getrennt von der Friſt zur Ausführung vorerſt die Anzeige der Appellation bei dem Judex a quo anzuordnen, und dann erſt eine beſondere Friſt für die Ausführung bei dem Obergerichte zu beſtimmen, oder ohne Unterſcheidung der Anmeldung und der Rechtfertigung, alles in einer Handlung zu verbinden, und einen freilich dann längeren geſetzlichen Termin für Ein- und Ausführung ſo vorzuſchreiben, daß ſogleich bei dem Obergerichte der vollſtändige Beſchwerdenlibell mit Ausführung aller

15) S. dieſer Vorſchlag ſtimmt im Weſentlichen mit der Einrichtung zuſammen, wie ſie im heſſiſchen Prozeßentwurfe (Motive II. Heft S. 147—169) beſtimmt iſt.

Beſchwerden zu überreichen iſt. Die erſte Einrichtung iſt die des gemeinen Prozeſſes, und die meiſten neuen Geſetzgebungen haben ſie beibehalten; [16]) die zweite Einrichtung beſteht dagegen in Baiern, [17]) und nach manchen ſehr umſichtigen Berathungen iſt ſie auch in der Novelle von 1819 [18]) beibehalten worden. Selbſt der Commentator der Novelle, v. Gönner hatte ſich früher [19]) und ebenſo andere baieriſche Schriftſteller [20]) für die Einführung des Unterſchieds der Anmeldung und der Ausführung erklärt, v. Gönner hat aber ſeine Meinung zurück genommen, [21]) und der Verfaſſer dieſer Bemerkungen erklärt ſich unbedenklich für die baieriſche Einrichtung, welche offenbar weit abkürzender als die gemeinrechtliche iſt. Wenn man zwar für die letzte anführt, daß ſonſt der Richter erſter Inſtanz ebenſo wie der Sieger Monate lang im Zuſtande der Ungewißheit bleibt, ob appellirt worden ſey, daß dadurch die frühere Rechtskraft gehindert würde, daß durch die Anmeldung der Richter in den Stand geſetzt wird, unzuläſſige Appellationen geradezu zu verwerfen, daß zur Erklärung, ob jemand appelliren wolle, er doch keine lange Bedenkzeit brau-

---

16) S. Würtenberg. Edikt v. 1818 §. 155. Meklenburg Ober. A. G. O. §. 40. Zerbſter Ober. A. G. O. §. 33. Bremiſche Gerichtso. §. 507. Weimar. O. A. G. §. 58. Naſſauiſche Prozeßo. §. 102. Bremiſche Prozeßord. Satz. 310.

17) Cod. Jud. bav. cap. 15 §. 6.

18) §. 22. Der Termin zur Appellation gegen Enderkenntniſſe läuft dort 60, gegen andere Urtheile 30 Tage.

19) In dem Entwurfe des Prozeßgeſetzbuchs II. Bd. S. 847.

20) Leonrad Materialien zum Judiziarcodex S. 51. Bandel Gutachten über die Vereinigung S. 46. Welſch Reviſion der Geſetzgebung II. Heft S. 63.

21) Im Commentar zur Novelle S. 337.

che, ſo widerlegen ſich dieſe Gründe leicht, wenn man dagegen die menſchlichen Verhältniſſe erwägt. Es widerſpricht vorerſt der Erfahrung, anzunehmen, daß in den meiſten Fällen kein Rechtsmittel ergriffen wird; es kann vielmehr insbeſondere bei den beſtehenden Verhältniſſen der Untergerichte als Regel angenommen werden, daß die Partheien ſich nicht mit dem erſten Urtheile beruhigen. Darauf muß nun die Zweckmäſſigkeit der Abſonderung der Friſten berechnet werden, und geſchieht dies, ſo kann es nicht bezweifelt werden, daß mehr Zeit verlohren geht, wenn man eine beſondere Friſt für die Anmeldung und eine andere für die Ausführung giebt, vorzüglich, weil die letzte nicht leicht ipso jure peremtoriſch geſetzt iſt, und daher drei und vier Male verlängert werden kann; rechnet man zehn Tage für die Anmeldung, mehrere Tage bis zur Ertheilung der Apoſtel, und dann nur zweimalige Verlängerung der Friſt zur Ausführung, alſo wenigſtens ſechs Tage, ſo kommen in der Regel vom Tage der Publikation des erſten Urtheils bis zur Einreichung des Beſchwerdenlibells wenigſtens drei Monate heraus, während in Baiern innerhalb der Fatalien von 60, und bei Appellation gegen Zwiſchenurtheile von 30 Tagen, ohne eine Verlängerung die Beſchwerden ein und ausgeführt bei dem Obergerichte ſeyn müſſen. Daß der untere Richter zwei Monate lang in Ungewißheit über die Rechtskraft bleibt, kann keinen Nachtheil haben, wenn man nur erwägt, daß Appellationen als die Regel angeſehen werden können; auch darf nicht unberückſichtigt bleiben, daß in der Kürze der Friſt die Anmeldung eine leicht zu begründende Reſtitutionsurſache wegen Verſäumung der Friſt liegt, und daher durch ſolche Reſtitutionsgeſuche dies doch wieder verloren wird, was durch kurze Appellationsfriſten gewonnen

ſchiene. Will man aber den Wunſch der Geſetzgebung, Rechtsmittel zu beſchränken, berückſichtigen, ſo kann eine binnen drei [22]) oder zehn Tagen zu ergreifende Anmeldung nicht geeignet ſeyn, Appellation abzuſchneiden, weil theils der Advokat, der oft von der Parthei noch in ſo kurzer Zeit keine Antwort auf die Anzeige des Urtheils erhalten haben kann, zur Sicherheit die Appellation anmeldet, da er nicht länger warten kann, theils die Parthei in den erſten Tagen des Unwillens und der Unzufriedenheit über das Urtheil, um ſo leichter zu einer übereilten Appellationsanmeldung ſich hinreiſſen läßt, als er blos mit ein Paar dürftigen Worten ſeinen Willen zu appelliren ausſprechen darf, während er, wenn er mehr Zeit zur Beſinnung gehabt hätte und gezwungen geweſen wäre, auch die Beſchwerden ſogleich anzugeben und auszuführen, ſich beſſer beſonnen, und eher die Appellation unterlaſſen hätte, ſtatt daß er oft aus falſchem Schamgefühl ſie fortſetzt — weil er ſie einmal angemeldet hat.

Wir ſetzen daher als die zweckmäßigſte Einrichtung die voraus, daß ſogleich, ohne Anmeldung, das Rechtsmittel ein und umſtändlich ausgeführt werde. Frägt man weiter: ob die Schrift bei dem Obergerichte oder dem Gerichte erſter Inſtanz eingereicht werden ſoll, ſo geſchah das Erſte in Baiern bis 1819, ſeit der Novelle aber [23]) muß das Zweite beobachtet werden. Für die frühere Einrichtung iſt zwar [24]) anzuführen,

---

22) Reibnitz Verſuch I. Thl. S. 236 will dieſe Friſt für die Anmeldung.

23) Geſetz vom 22. Julius 1819 §. 23 v. Gönner Comment. hiezu S. 343.

24) Eine weiſe Abkürzung unnöthiger Schreibereien iſt auch

daß die Appellation ihrer Natur nach an den höheren Richter gehört, daß er dadurch am ſchnellſten in den Stand geſetzt wird, die Berufung zu prüfen, und unzuläſſige Appellation ſogleich abzuweiſen; allein richtiger muß das Verfahren nach der Novelle vertheidigt werden, weil a) dadurch der Vortheil erreicht wird, daß das Untergericht ſogleich durch Einſicht des Libells von der ergriffenen Appellation in Kenntniß geſetzt wird; b) weil dem Untergerichte die etwa nöthige Inſtruktion der Sache am erſten möglich gemacht iſt; c) weil das Obergericht auf die bloße Anſicht des Beſchwerdenlibells doch nur in ſeltenen Fällen entſcheiden kann, und mit Prüfung der Formalien ſonſt unnöthig Zeit verliert; d) weil es für die oft vom Sitze des Appellationshofes weit entfernte Parthei (vorzüglich wenn von dem Wohnorte weg kein regelmäßiger Poſtenlauf geht), ſehr ſchwierig war, die Schrift zuverläſſig noch intra terminum an das Obergericht zu ſenden, und bei kleinen nicht ſeltenen Verſpätungen neue Nachweiſungen eintreten mußten; weil e) das Untergericht dadurch von ſelbſt zu thun im Stande iſt, was daſſelbe ſonſt erſt vermöge eines beſonderen Auftrags des Obergerichts thun mußte, nämlich ſeine Akten an das Obergericht einzuſenden, und f) weil vorzüglich bei Berufungen an die dritte Inſtanz unnöthige Schreibereien und Geſchäfte veranlaßt würden, indem das Gericht dritter Inſtanz erſt an das Appellationsgericht, und daſſelbe an das Untergericht reſkribiren müßte.

---

die Vorſchrift der Novelle, daß die Beilage der Urtheilsabſchriften nicht mehr nothwendig ſind; die Akten enthalten ja ohnehin die Urtheile und werden an das Obergericht eingeſendet.

Die Folge der Ueberreichung des Beſchwerdenlibells bei dem Untergerichte muß nach unſerem Vorſchlage ſeyn: daß das Untergericht die Akten unmittelbar an das Obergericht einſende; dadurch fällt freilich das häufig noch in Deutſchland übliche Erkennen der Appellationsprozeſſe weg. Wir haben ſchon oben die höchſt ungeeignete Verſchleppung des Prozeſſes als die Folge dieſer Methode dargeſtellt, und es iſt unbegreiflich, wie ſie noch beibehalten werden mag, wenn man erwägt, wie ſie nur aus den Verhältniſſen der Reichsgerichte entſtand, wie dadurch den Obergerichten eine ganz unnöthige Laſt einer gedoppelten Relation und einer zweifachen Berathung aufgelegt wurde, indem nach eingereichter Beſchwerdenlibell über die Zuläſſigkeit der Appellation, und dann nach geſtatteten Prozeſſen definitiv noch einmal referirt werden mußte, auch iſt es in den wenigſten Fällen möglich, auf das bloße Beſchwerdenlibell, das oft ſehr ſchlecht gearbeitet iſt, über die Statthaftigkeit des Rechtsmittels zu urtheilen, ohne die geſammten Akten geprüft zu haben; durch übereilte abſchlägige Dekrete wurden daher neue Berufungen veranlaßt, erkannte aber das Appellationsgericht die Prozeſſe, ſo lag darin ein trauriges Zeichen für den Appellaten, der nicht ohne Grund beſorgen mußte, daß der gegen ihn eingenommene Appellhof nicht ſo unpartheiiſch die Gründe würdigen werde, da durch die Annahme der Appellation ſchon die Sache des Appellanten gebilligt ſcheint.[25]. Wurde ſpäter das Urtheil erſter Inſtanz doch konfirmirt, ſo kam das Obergericht ſelbſt mit ſich in Widerſpruch, indem es jetzt die Appellation verwarf, deren Zuläſſigkeit vor einigen Monaten gebilligt war. Dem

25) S. Neue Civilprozeßgeſetzgebung für Heſſen II. Heft S. 156.

Glauben, daß dadurch viele Appellationen ſchon im Keime erſtickt und raſch abgeſchnitten würden, widerſpricht aber die Erfahrung, weil nach den Zeugniſſen der Geſchäftstabellen höchſtens unter zehn Fällen einmal die Appellation ohne weiteres abgewieſen wird.

Hier verdient noch die Frage eine Beantwortung: ob eine bloße Erklärung darauf, daß man ſich für beſchwert halte, mit Berufung auf die Akten hinreiche, oder ob die einzelnen Beſchwerden beſtimmt angegeben und deduzirt werden ſollen. Auf jeden Fall wird kein Praktiker läugnen, daß in den ohne Angabe der Beſchwerden eingelegten Berufungen ein Gebrechen liege, und daß frivole Appellationen dadurch begünſtigt werden, weil der Appellant keine Schwierigkeit darin findet ſich beſchwert zu erklären, während er zum Nachdenken gebracht worden wäre, wenn er beſtimmte Beſchwerden hätte ausführen und ſich gleichſam ſelbſt Rechenſchaft hätte geben müſſen. Die genauere Beantwortung der Frage hängt aber mit der Grundform des Prozeſſes zuſammen; da wo mündlich und öffentlich in Sitzungen, auch in der Appellationsinſtanz, verhandelt wird, ſcheint die Aufſtellung der Beſchwerden zwar nothwendig, aber die Ausführung unnöthig zu ſeyn, weil jede Deduktion erſt in die Sitzung gehöre; allein wir würden unbedingt auch bei eingeführten öffentlichen mündlichen Verfahren die Nothwendigkeit der Einreichung eines ausführlichen Beſchwerdenlibells vorſchreiben, weil nur dadurch das oben vorgeſchlagene Verfahren möglich wird, in der Sitzung des Appellhofes mit dem Vortrage eines Referenten anfangen und dann erſt die mündlichen Vorträge nachfolgen zu laſſen. Auch wird dadurch der Vortheil erreicht, daß der Appellant ſelbſt zu einer ernſteren Prüfung ſeiner Sache genöthigt und von man-

chen frivolen Appellationen abgehalten wird, während zugleich der Appellat Gelegenheit erhält, ſich vollſtändiger auf die Sitzung vorzubereiten und den oberen Richter beſſer zu inſtruiren. Bei dem ſchriftlichen Verfahren muß die Einreichung vollſtändiger Beſchwerdenlibelle ohnehin Vorſchrift ſeyn, und nur die Einwendung könnte gemacht werden, [26]) daß auch in den Schriften der erſten Inſtanz die Deduktion des Rechts kein weſentlicher Theil iſt, und daher von der Schrift in zweiter Inſtanz nicht mehr verlangt werden kann; allein es iſt nicht davon die Rede, jedem Appellanten eine große bogenlange Deduktion vorzuſchreiben, ſondern nur davon, ihn anzuhalten, daß er bei jeder Beſchwerde, geſchehe dies auch kurz, die Gründe ſeiner Beſchwerde angebe, und es kann dies um ſo mehr da gefordert werden, wo dem erſten Inſtanzurtheile vollſtändige Entſcheidungsgründe beigefügt wurden, was hoffentlich in Deutſchland künftig allgemein der Fall ſeyn wird. [27]) Bei der Verfolgung des appellationsgerichtlichen Verfahrens ſtößt man auf die Frage: ob das Untergericht den Beſchwerdenlibell oh-

26) V. Gönner Commentar S. 359.

27) Gewiß liegt ein Grund vieler frivolen Appellationen in dem Mangel der Entſcheidungsgründe der Urtheile. Es iſt oft unmöglich bei einer myſtiſch genug gefaßten Urtheilsformel den Grund zu errathen, welcher das Gericht zu dieſem Ausſpruche bewogen haben mag. Werden die Gründe vollſtändig deutlich und faßlich aufgeſtellt, ſo läßt in vielen Fällen die Parthei, von der Gründlichkeit des Urtheils durch die Gründe belehrt, die Appellation liegen, während ſie ihr Glück verſucht, wenn nur das kurze Urtheil ihr mitgetheilt wird. Selbſt die Abfaſſung des Beſchwerdenlibells erhält durch vollſtändige Entſcheidungsgründe eine Grundlage, welche dem zweckloſen Häufen von Beſchwerden vorbeugt.

ne Weiteres dem Appellaten mittheilen, oder erſt hiezu Auftrag des Obergerichts abwarten ſoll; für das Letzte könnte nur angeführt werden, daß dadurch die Verwerfung frivoler Appellationen zu ſehr hinaus geſchoben und dem Appellaten oft eine unnöthige Laſt aufgelegt würde; allein dies Bedenken könnte nur entſtehen, wenn man die Einrichtung der Erkennung der Appellationsprozeſſe im Sinne hätte; glaubt der Appellat, daß die Appellation frivol ſey, ſo hängt es ja von ihm ab, ſeine Appellationserzeption zu unterlaſſen; für die Mittheilung des Beſchwerdelibells ſpricht aber, daß in der oberen Inſtanz eine neue Verhandlung beginnt, daß im Prozeſſe gegen jeden Angriff auch eine Vertheidigung zugelaſſen werden muß, und das Gericht durch Mittheilung gleichſam mandatorio nomine zur Abkürzung dasjenige von ſelbſt thut, wovon es voraus ſehen kann, daß in der Regel ihm hiezu von dem Obergerichte der Auftrag werde ertheilt werden. Da die Berufung an die dritte Inſtanz, nach dem in §. I. Ausgeführten, die nämliche Natur, wie die Appellation an die zweite Inſtanz, haben muß, ſo läßt es ſich ſchwerlich rechtfertigen, wenn, wie es in Baiern geſchieht,[28]) bei der dritten Inſtanz keine Nebenverantwortung gefordert wird.

Beſtritten iſt noch die Frage: ob das Untergericht auf die eingewendete Berufung ohne Einſendung der Akten die Appellation abſchlagen können oder bis auf wenige Ausnahmen nur dies Verfahren zu inſtruiren und dann Akten an das Obergericht einſenden ſoll. Der gemeine Prozeß giebt dem judex a quo dies Recht über die Appellation zu erkennen, ſie anzuneh-

---

28) Cod. Jud. bav. cap. XV. §. 7 No. 7 und Novelle §. 25 ſ. v. Gönner Comment. S. 379.

men, d. h. nach bekannter Formel ihr den Lauf zu laſſen, und Apoſtel zu ertheilen oder ſogleich zu verwerfen, und es war von jeher ſehr beſtritten, in welchen Fällen dies Recht eintrete; in neueren Geſetzen iſt die Befugniß des judex a quo zuweilen beibehalten worden,[29]) während andere Geſetzgebungen z. B. die Bremiſche,[30]) Meklenburgiſche,[31]) Baieriſche,[32]) Anhaltiſche[33]) den Untergerichten die Cognition nur ausnahmsweiſe in wenig Fällen geben, z. B. wenn der Gegenſtand gar nicht als appellabel erklärt oder keine Appellationsſumme da iſt. Unbedenklich entſpricht nur dies zweite Syſtem dem Character der Berufung als einem devolutiven Rechtsmittel; nur das Obergericht, deſſen Gerichtsbarkeit aufgerufen iſt, kann über ſeine Competenz entſcheiden, eine Befugniß der Untergerichte iſt ein verjährtes Vorurtheil als Folge der alten Apoſtel oder der Anſicht, nach welcher man oft noch in der Appellation eine Beleidigung des unteren Richters fand. Fordert man von dem Unterrichter eine Prüfung der Appellation, ſo verlangt man etwas Unmögliches, weil conſequent der judex a quo nur ſein Urtheil für das gerechte halten kann, und daher immer die Appellation verwerfen müßte; läßt man den rejektoriſchen Beſcheid des Untergerichts rechtskräftig werden, und geſtattet höchſtens einen Rekurs ohne Suſpenſivkraft, ſo macht

---

29) Weimar. Oberapp. G. O. §. 60. Würtenberg. Edikt v. 1818 §. 156 ſ. auch preuß. Gerichtsordn. Tit 14 §. 4. b.

30) Bremiſche Gerichtso. §. 490 u. 509.

31) Meklenburg. Ober A. G. O. §. 41. Dagegen Bornemanns Beitr. zur Verbeſſerung des Appellatverf. S. 40.

32) Baier. Novelle v. 1819 §. 24.

33) Anhaltiſche Erläuterungen zur Prozeßo. zu Tit. XVI. §. 1.

man es dem Unterrichter möglich, dem Appellanten den größten Schaden zuzufügen, und es iſt unrichtig, wenn man dann nur von einem Rechtsmittel ſprechen will; geſtattet man aber dem Appellanten, deſſen Berufung verworfen wird, die neue Berufung an den oberen Richter wegen Verwerfung, ſo führt man nur ein nutzloſes Spiel ein, indem nach Monaten doch das zuvor verworfene Rechtsmittel angenommen wird. Nur bei Berufungen in Fällen, in welchen geſetzlich keine Berufung geſtattet iſt, z. B. gegen einfache Dekrete, mag man, weniger mit ſtreng juriſtiſcher Conſequenz als aus dem politiſchen Geſichtspunkte, dem Untergerichte das Recht, die Berufung zu verwerfen, einräumen; — dagegen läßt es ſich kaum rechtfertigen, wenn man das Untergericht auch über das Daſeyn der Appellationsſumme entſcheiden läßt, weil gewöhnlich darüber ſchon bedeutende Streitigkeiten ſich denken laſſen, und noch weniger, weil dadurch zuviel in die Willkühr des Untergerichts geſtellt würde, kann der Zuſatz des meklenburgiſchen Rechts [34]) vertheidigt werden.

Beſtritten war auch von jeher die Frage: in wie ferne das Obergericht ohne Einleitung von Verhandlungen in der Sache ſelbſt ſprechen, und auf den bloſen Beſchwerdenlibell das vorige Urtheil aufheben oder beſtätigen könne. Die Beantwortung der Frage wird ohnehin einfach, ſobald der bisherige Vorſchlag ange-

34) Nach Mekleub. O. A. G. §. 43 kann dann das Untergericht über Appellation erkennen, wenn durch verzögerte Ausführung des angefochtenen Urtheils dem Appellaten ein unfehlbarer und nicht zu erſetzender Nachtheil entſteht, für den Appellanten hingegen dergleichen nicht zu beſorgen iſt.

nommen werden ſollte, daß bei dem Untergericht Beſchwerdenlibell und Verantwortungsſchrift eingereicht, und ohne Weiteres mit den Akten erſter Inſtanz eingereicht würden; hier käme das Obergericht gar nicht in die Lage, ohne vollſtändiges Gehör ſprechen zu müſſen; allein auch bei der deutſchen gewöhnlichen Methode, wenn die Schrift bei dem Obergerichte eingereicht wird, läßt ſich das Verwerfungsrecht ohne Akteneinſicht und Verhandlung nicht rechtfertigen. Sey es auch, daß in manchen Fällen Zeit gewonnen wird, welche durch Aktenabforderung verloren geht, ſey es auch, daß manche frivole Appellation früher abgeſchnitten werden kann, ſo iſt dieſer in ſeltenen Fällen eintretende Gewinn doch unbedeutend gegen die Nachtheile, wenn man erwägt, daß a) dem Appellanten blos durch Ungeſchicklichkeit ſeines Anwalts und die ſchlechte Darſtellung der Sache in der Appellationsſchrift ein großer Schaden zugehen kann, indem das Obergericht, welches nur den Appellationslibell kennt, die Sache nur darnach beurtheilt und das Rechtsmittel verwirft, während die Einſicht der Akten von der Gerechtigkeit der Anſprüche des Appellanten überzeugt haben würde. b) Auch läßt ſich dies Verfahren nicht wohl mit dem gegründeten Rechte des Appellaten auf Adhäſion vereinigen; nicht ſelten appellirt ein Theil nicht, weil er darauf rechnet, oder es weiß, daß ſein Gegner appellire, und erwartet die Gelegenheit, durch Adhäſion ſich zu helfen, während durch Verwerfung der Appellation ihm unvermuthet die Möglichkeit abgeſchnitten iſt. c) Selbſt den Gerichtshöfen wird durch das Verwerfungsrecht kein Vortheil zugehen; denn dadurch kömmt allmählig die alte Sitte der Reichsgerichte Appellationsprozeſſe zu erkennen, in die Collegien, ſtatt einer Relation in der nämlichen Sache, werden

zwei nothwendig, und die Fälle, daß der Referent die Appellation für begründet hält, während das Collegium die Unerheblichkeit der Beſchwerden annimmt, verurſachen manchen Zeitverluſt. [35]) d) Vorzüglich aber wird dadurch der Willkühr der Gerichtshöfe der größte Spielraum gelaſſen, und alle Gründe, welche der Verfaſſer gegen das Recht des Richters, die Klage ohne weiteres Gehör zu verwerfen, angegeben hat, [36]) paſſen auch hieher. Betrachte man die Ausdrücke neuer Geſetzgebungen, durch welche dies Verwerfungsrecht begründet wird, ſo überzeugt man ſich leicht von der Willkühr, die dadurch begünſtigt wird, z. B. wenn bei offenbarem Ungrunde der Beſchwerde, [37]) oder von offenbarer Unerheblichkeit der Beſchwerde [38]) die Verwerfnng geſtattet iſt; wer mag läugnen, daß dieſe Ausdrücke höchſt unbeſtimmt, und dem Mißbrauche unterworfen ſind, um ſo mehr, als bei der Einſicht des bloßen Beſchwerdenlibells manches Rechtsmittel als frivol erſcheint, welches ſpäter aus den Geſammtakten als wohlbegründet ſich darſtellt? Das Recht des Obergerichts zur ſofortigen Verwerfung kann daher nur auf die Fälle eingeſchränkt werden, wenn die Appellationsſumme unſtreitig fehlt oder ge-

---

35) V. Gönner in den Jahrbüchern der Geſetzgebung in Baiern II. Bd. S. 203.

36) Im Archiv für civil. Praxis V. Bd. N.° 14.

37) So äußert ſich die Oberappellat. Gerichtso. von Lübeck §. 41 der Zuſatz: daß dann wegen Grundloſigkeit der Beſchwerden die Verwerfung nicht Statt finde, wenn das erſte Urtheil durch das zweite reformirt iſt; wirkt wohlthätig.

38) Weimar. Oberapp. G. O. §. 64. Zerbſter O. A. G. §. 35-40. Anhaltiſche Erl. zur Prozeßo. zu Titel XVI. §. 4.

gen ein Urtheil appellirt wird, wogegen geſetzlich kein Rechtsmittel Statt finden darf. — Ebenſo tadelnswerth ſcheint aber auch die Sitte mancher Obergerichte auf den bloßen Vortrag des Appellanten und ohne Gehör des Gegners oder Akteneinſicht ein rescriptum de emendando zu erlaſſen, wenn auch die Beſchwerde noch ſo erheblich ſcheint, [39] weil der Appellat in jeder Inſtanz ein Recht hat, gehört zu werden, ehe etwas gegen ihn ausgeſprochen werden kann, weil ein Urtheil ohne wechſelſeitiges Gehör nicht gedacht werden kann, weil zu oft falſche Darſtellungen von Seite des Appellanten gemacht werden und das Obergericht leicht in die Lage kömmt, ſpäter eine andere Verfügung zu erlaſſen. [40]

Nicht unberückſichtigt darf die Befugniß, den Partheien in der Appellationsinſtanz Nova vorzubringen, bleiben. Es kann nicht bezweifelt werden, daß dies beneficium, wie es die gemeinrechtliche Praxis begünſtigt, mit einer ſtrengen Eventualmaxime mit den peremtoriſchen Friſten und mit der präcluſiven Beweisfriſt nicht zu vereinigen iſt, daher auch die ſächſiſche [41] und baieriſche [42] Geſetzgebung das be-

39) Oeſterlei Handb. des bürgerl. und peinl. Proz. für Hannover. II. Thl. S. 352.

40) Die Erläuterungen zur Anhaltiſchen Prozeßordn. v. 1822 Tit. XVI. §. 8 geſtatten dem Obergerichte nicht die Aufhebung des vorigen Erkenntniſſes außer 1) wenn die Appellation nur einen Inzidentpunkt betrifft und die Erheblichkeit der Beſchwerden klar am Tage liegt; 2) wenn blos Erläuterung eines dunkeln Erkenntniſſes gegeben wird; 3) wenn die Competenz des Unterrichters in Zweifel gezogen iſt und die Incompetenz klar am Tage liegt.

41) Churſächſ. Conſtit. 21 p. I. u. von den ſächſ. Herzogthümern Kori S. 291.

42) Cod. Jud. bav. cap. 15 §. 9.

neficium ganz aufheben oder doch ſehr beſchränken; hier kann nur die Frage ſeyn: welche Wege die neueren Geſetzgebungen eingeſchlagen haben, und welcher der zweckmäßigſte iſt. Höchſt geachtete Schriftſteller erklären ſich gegen die Zuläßigkeit der Nova. [43]) Von den neuen Geſetzgebungen begünſtigt conſequent die preußiſche [44]) in ihrem Streben nach höchſter materieller Wahrheit dies neue Vorbringen, jedoch nur in zweiter Inſtanz; die meklenburgiſche [45]) ſetzt dem Vorbringen nur die Beſchränkung, daß in dem novo keine mutatio libelli liege, und das Beweismittel nicht deſert ſey; die bremiſche [46]) läßt nova zu, wenn nur der, welcher ſie vorbringt, eidlich erhärtet, daß er ſie vor dem Aktenſchluſſe, nach welchem das Erkenntniß erfolgt iſt, beizubringen nicht vermocht habe; die heſſiſche [47]) begünſtigt die nova, während die anhaltiſche Prozeßordnung [48]) die Befugniß, nova vorzubringen, völlig verweigert. Die franzöſiſche Geſetzgebung hat ihren eigenthümlichen Weg gewählt, [49]) ſie geſtattet kein neues Geſuch, auſſer in ſo fern es auf Compenſation ankömmt, oder

---

43) S. Globig Syſtem der Geſetzgebung S. 330. V. Gönner Entwurf eines Prozeßgeſetzbuchs. Buch IV. cap. 2. §. 7. Vorſt S. 123. V. Drais Geſchichte der badiſchen Gerichtshöfe S. 118.

44) Preuß. Gerichtso. Tit. XIV. §. 49 e.

45) Meklenb. Ober A. G. O. §. 70 und dazu Nettelbladt. Meklenb. Civilprozeß §. 189.

46) Bremiſche Gerichtso. §. 505 b.

47) Heſſiſche Civilprozeßo. Motive II. Heft S. 169.

48) Erläuterungen von 1822 zu Tit. XVI. §. 6.

49) Code de procédure art. 464. Pigeau Cours 1 p. 560. Berriat St. Prix p. 385. Carré traité et questions II. pag. 61.

wenn das neue Geſuch (nouvelle demande) nur Vertheidigung (défense eigentlich im Gegenſatz der exception gebraucht) gegen die Hauptklage iſt. Die Einrede der Verjährung kann zu jeder Zeit [50]) ebenſo wie der Eid immer gebraucht werden. [51]) Der Gerichtsgebrauch ſchwankt über die Auslegung des Geſetzes; im Gegenſatze der nouvelle demande, läßt er alle nouveaux moyens zu, und rechnet dahin auch neue Beweiſe, [52]) ſo wie er dann kein neues Geſuch annimmt, wenn es an die in erſter Inſtanz geſtellten Concluſionen angepaßt und damit verbunden werden kann. [53]) Es bedarf keiner Erörterung, daß dies keine feſte Anſicht liefert, und ununterbrochen Streitigkeiten über die Zuläſſigkeit der nova entſtehen, wobei nicht unbemerkt bleiben darf, daß der franzöſiſche Prozeß, welcher keine peremtoriſche Beweisfriſt kennt, weniger ſtrenge gegen die nova zu ſeyn braucht. [54]) Die naſſauiſche Prozeßordnung [55]) geſtattet Neues vorzubringen, und zwar ſowohl neue Einreden als neue Beweismittel, wenn nur der Eid geleiſtet wird, daß es unmöglich war, ſie in voriger Inſtanz zu gebrauchen.

Bei dieſer Verſchiedenheit der Anſichten ſey es er-

50) Code Napéleon art. 2224.

51) Code Nap. art. 1360.

52) Arrêt v. 25. Juli 1817 Sirey recueil 1818 p. 13.

53) Carré traité II. p. 62,

54) Auch der Codice di procedura pel cantone di Ticino art. 412 iſt nicht deutlich, wenn es heißt: non é permessa la produzione di scrittiche non siano presentati in prima istanza e laddazione di ragioni od eccezioni che cangino lo stato della questione quella proposta.

55) §. 110.

laubt, vorerſt darauf aufmerkſam zu machen, daß das Vorbringen der nova mit dem Charakter des untergerichtlichen Prozeſſes zuſammen hängt; da wo in erſter Inſtanz nur mündlich verhandelt werden ſoll, wo das Urtheil erſter Inſtanz nur als ein Verſuch betrachtet, und das Untergericht nicht collegialiſch organiſirt iſt, fordert die Conſequenz das Vorbringen der nova zu geſtatten, weil der Geſetzgeber darauf rechnen kann, daß in erſter Inſtanz doch nicht vollſtändig verhandelt worden iſt. Es bedarf nur einer Kenntniß der untergerichtlichen Protokollarverhandlungen, um zu wiſſen, daß häufig erſt in der zweiten Inſtanz eine vollſtändige Darſtellung der Sache eintritt. Iſt dagegen ſchon das erſte Gericht collegialiſch und ſo organiſirt wie ein franzöſiſches Tribunal [56]) erſter Inſtanz, ſo hat das Geſetz ſchon mehr Gründe, die nova in den höheren Inſtanzen zu beſchränken. Will aber dies ein Geſetz, ſo ſtößt daſſelbe auf neue Schwierigkeiten; entweder muß der Geſetzgeber milder mit der Zulaſſung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſeyn, oder alle nova ausſchließen, oder die Arten der neuen Gründe ſcharf trennen. Wählt man den erſten Weg, ſo ſcheinen noch mehr Nachtheile heraus zu kommen; das Urtheil bleibt dann noch länger problematiſch, weil die Parthei, welche das novum für ſich hat, zu-

56) Die Frage über Zuläſſigkeit der Nova hängt auch mit der Mündlichkeit zuſammen; da wo dem Obergerichte keine vollſtändigen Akten der erſten Inſtanz vorzulegen ſind, wo nur in Sitzungen plädirt wurde, kann es auch bei den mündlichen Vorträgen in der zweiten Inſtanz nicht ſo genau mit den novis genommen werden, weil ſich gar nicht ſo ſtreng beweiſen läßt, was novum iſt; daher, und weil das röm. R. keine Eventualmaxime kannte, waren auch nova im röm. Prozeſſe leichter geſtattet.

erſt appelliren und dann erſt die Reſtitution nachſu=
chen wird, ſo daß ſtatt einem Rechtsmittel zwei
entſtehen, während der Geſetzgeber ſtrenger in Anſe=
hung der Reſtitution ſeyn kann, wenn er milder in
Bezug auf nova der Appellationsinſtanz war. Auch
kann nicht unbemerkt bleiben, daß in die Schriften
der oberen Inſtanzen ſich doch immer nova einſchlei=
chen werden, daß aber, wenn das Geſetz wirklich
ſtrenge alle nova verbannen will, nur neuer Streit
unter den Partheien entſteht, indem gewöhnlich eine
Parthei eine Behauptung nur als Begründung und
Erläuterung des Vorigen anführt, während die ande=
re gegen das novum proteſtirt. Will aber ein Geſetz,
was freilich zur Abkürzung am meiſten beitrüge, alle
nova, ſowohl in der oberen Inſtanz als in Bezug auf
Reſtitution, verbannen, ſo veranlaßt es theils neue
Klagen, indem die mit dem novum ausgeſchloſſene
Parthei das novum auf dem Wege einer neuen activ
einſchwärzen wird; theils widerſtreitet die Härte der
natürlichen Anſicht des geſunden Menſchenverſtandes
und den Wünſchen des Volkes, das von dem Civil=
prozeſſe keine ſolche Starrheit und Strenge erwartet,
theils wird das Prinzip der materiellen Wahrheit zu
oft verletzt und der Richter mit ſehenden Augen ſich
als blind anſtellen müſſen, theils mag dieſe Härte am
wenigſten in einer Zeit vertheidigt werden, welche,
wie die unſrige, die Bürger von der ſogenannten Ad=
vokatenherrſchaft befreien, und ihnen die Verfolgung
ihrer Rechte ohne Rechtsbeiſtand möglich machen will.
In den von den Juriſten für den gemeinen Prozeß
aufgeſtellten Beſchränkungen ſind übrigens hinreichen=
de Sicherheitsmittel, welche den Mißbrauch beſeitigen.

Unterſcheidet man die nova, ſo kann die Neuheit
entweder darin liegen, a) daß die Parthei gar nichts

vom Daſeyn früher gewußt hat, oder b) daß ſie zwar das Daſeyn, z. B. des Zeugen, kannte, aber nicht früher produziren konnte, oder c) daß die Parthei die Behauptung oder das Beweismittel kannte, auch ſchon früher hatte, aber nicht es gebrauchte, ſo daß das Neue darin beſteht, daß es in den Akten zum Erſtenmale vorkömmt. Im letzten Falle verdient das novum gar keine Berückſichtigung, da es von der Parthei abhing, den ganzen Stand ihrer Mittel der Rechtsverfolgung zu würdigen, und da durch ihre Wahl des bisher Vorgebrachten ein wahrer Verzicht auf das Nichtvorgebrachte ausgeſprochen iſt, um ſo mehr, als durch die Geſtattung ſolcher nova der Chikane und dem Streben, Prozeſſe zu verlängern, Thür und Thor geöffnet iſt. In Anſehung der zweiten Art der nova, könnte durch eine geſetzliche Vorſchrift, welche der Parthei, die ein ſolches novum vorbringen will, dies nur dann geſtattet werden, wenn ſie in den vorigen Schriften die Behauptung vorgebracht und zugleich erklärt hat, daß ſie den Beweis dafür noch zur Zeit nicht auffinden könne, und nach der Auffindung das erſt jetzt eingetretene Vorfinden beſchwört, manchem Mißbrauch vorgebeugt werden. [57]) Nur nova der erſten Art, wenn der Eid geleiſtet wird, ſollen unbedingt zuläſſig ſeyn. — Nicht zu rathen aber iſt es, die franzöſiſchen Unterſchiede, welche nur Streit

57) Wie oft bringt z. B. eine Parthei die Einrede der Zahlung ſpäter in Appellation vor, und beſchwört, daß ſie jetzt erſt die Beweiſe z. B. die Quittung gefunden habe; wußte ſie früher ſchon, daß bezahlt war, ſo mußte ſie die Einrede vorſchützen und nur anzeigen, daß ſie den Beweis nicht habe; thut ſie dies, ſo wird zwar nach der Aktenlage, alſo ohne Rückſicht auf den nicht beigebrachten Beweis, erkannt, aber die Parthei kann das novum nachbringen.

begünſtigen, anzunehmen. Auch das durch die Praxis ausgebildete Mittel der Adhäſion, oder wie es im franzöſiſchen Prozeſſe heißt: appel incident, verdient in jeder neuen Geſetzgebung beibehalten zu werden; hiezu räth die Betrachtung, daß nicht ſelten eine Parthei deswegen nicht appellirt, weil ſie hofft, daß auch ihr Gegner nicht appelliren werde, daher lieber, wie Gönner [58]) bemerkt, ein kleines Unrecht erträgt, wenn auch der Andere von ſeiner Seite das Urtheil nicht angreifen würde. Geſtattet man keine Adhäſion, ſo muß jede Parthei, die auch ſonſt ſich beruhigt haben würde, zur Sicherſtellung ihrer Rechte appelliren, weil ſie ungewiß iſt, was ihr Gegner thun würde. Auch iſt es richtig, [59]) daß in manchen Fällen erſt die Appellation von einer Seite die Möglichkeit einer Beſchwerde von der anderen Seite eröffnet. Von neuen Geſetzgebungen hat die Meklenburgiſche [60]) die Adhäſion verbannt, d. h. ſie fordert von jeder Parthei, daß ſie wegen ihrer Beſchwerden ſelbſtſtändig Rechtsmittel einlege, ſie geſtattet aber die Gemeinſchaft der Appellation in ſo ferne, als der Appellat in der Exzeptionsſchrift rückſichtlich der vom Appellanten angefochtenen Punkte auf Abänderung der sent. a qua zum Nachtheil deſſelben antragen kann. [61]) Sehr

58) Motive zum Entwurf eines Prozeßgeſetzb. S. 845.

59) S. auch heſſiſche Civilprozeßgeſetzgebung 2. Heft S. 178; dort iſt das Beiſpiel aufgeſtellt, daß die von einem pcr. debiti Beklagten vorgebrachte Einrede der Verjährung im Urtheil verworfen, der Beklagte aber doch, weil die Klage nicht begründet ſey, freigeſprochen wird. Wenn hier der Kläger appellirt, ſo hat auch erſt der Beklagte Grund, wegen ſeiner Beſchwerde zu appelliren.

60) Oberappellat. G. O. §. 69.

61) Nettelbladt. Meklenb. Civilproz. S. 387.

unbeſtimmt drückt ſich darüber der franzöſiſche Code aus, [62]) wenn er dem Appellaten (intimé) geſtattet, incidenter in jeder Lage der Sache zu appelliren, selbſt wenn er das Urtheil dem Gegner ohne Proteſtation ſignifizirt hat. Erſt der Gerichtsgebrauch, [63]) geſtützt auf mehrere arrêts, [64]) hat der Stelle die Deutung gegeben, daß das Recht des Appellaten ſich nur auf jene Theile des Urtheils beziehe, welche mit den Beſchwerden der Hauptappellation connex ſind, obwohl es wegen der Allgemeinheit der Vorſchrift im Art. 443 an widerſprechenden Anſichten nicht fehlt. [65]) Der Appellat braucht übrigens in Frankreich ſeine Adhäſion voraus gar nicht anzuzeigen, ſondern kann erſt in der Sitzung ſeine Concluſionen ſtellen. [66]) Die Frage kann bei der Adhäſion nur noch ſeyn: ob eine Geſetzgebung, wie es die deutſche Praxis weiſe gethan hat, das Recht des Appellaten nur auf die mit den Beſchwerden des Appellanten connexen Punkte beſchränken ſoll, [67]) oder ob überhaupt dem Appellaten nachgelaſſen werden ſoll, nachträglich ſeine Rechtsmittel auch über die Punkte vorzubringen, welche mit der Beſchwerde des Appellanten nicht in Verbindung ſtehen, wie dies Hurlebuſch [68]) vorgeſchlagen hat;

---

62) Code de proc. art. 443.

63) Pigeau Cours. t. I. p. 555. Berriat St. Prix p. 377. Carré traité et questions. t. II. p. 14.

64) Beſ. arrêt v. 18. Mai 1806 1. Aug. 1810, ſ. Sirey Code de proc. annoté p. 336.

65) Arrêt de la Cour de Rennes v. 20. Aug. 1817.

66) Journal des avoués tom. VII. p. 361.

67) Dies thun auch bremiſche Gerichtso. §. 502. Naſſauiſche Prozeßordn. §. 111.

68) In den Beiträgen zur Civil- und Criminalgeſetzgebung 2. Heſt S. 153.

mag auch für die letzte Anſicht die Natur wechſelſeiti-
ger Rechtsmittel ſprechen, mag es billig ſeyn, daß
die Friedensliebe des Appellaten, ſobald ſein Gegner
nicht ebenfalls davon beſeelt iſt, ihm nicht zum Nach-
theil gereiche, ſo muß doch die gemeinrechtliche Anſicht
empfohlen werden. Das Recht zu adhäriren iſt ein
dem ſtrengen Rechte widerſprechendes, da der Appel-
lat in Bezug auf ſich das Urtheil hat in Rechtskraft
übergehen laſſen, und nur eine mit politiſchen Rück-
ſichten verknüpfte Billigkeit kann den Geſetzgeber be-
wegen, Adhäſion zu geſtatten; es iſt aber zuviel be-
hauptet, wenn man annimmt, daß der Appellat,
wenn im Urtheile Hauptpunkte ungünſtig für ihn ent-
ſchieden ſind, die Appellation liegen laſſen werde,
und nur in ſolchen Punkten tritt nach der Erfahrung
die ſogenannte Friedensliebe ein, in welchen Appel-
lant und der Appellat beſchwert ſind, und der nachhe-
rige Appellant am meiſten beſchwert iſt. Hier mag es
billig ſeyn, dem Appellaten zu geſtatten, von der ein-
mal ergriffenen Appellation des Gegners Gebrauch zu
machen; — beſteht aber das Urtheil aus mehreren
von einander ganz verſchiedenen Punkten, und war
jede Parthei in einem Punkte beſchwert, ſo konnte je-
der ſelbſtſtändig Rechtsmittel ergreifen; unterließ es
ein Theil, ſo ließ er in dieſem Punkte das Urtheil in
Rechtskraft übergehen, und nur in Bezug auf die Ap-
pellation des Gegners, und den durch die Beſchwerde
in der Rechtskraft gehinderten Punkt iſt er Appellat,
und mag von der Appellation Vortheil ziehen; eine
weitere Ausdehnung des Rechts muß Nachtheile erzeu-
gen und ſteht mit der Rechtskraft im Widerſpruche. —

Ein zweckmäßiges Beſchleunigungsmittel der Pro-
zeſſe hat man in den Fällen vorgeſchlagen, in welchen
das Obergericht, ungeachtet das erſte Urtheil definitiv

entſchied, noch neue Beweiſe anordnet, z. B. Vorlage von Urkunden oder Vernehmung von Sachverſtändigen gebietet. Manche Gerichte verweiſen in ſolchen Fällen die ganze Sache mit Aufhebung des vorigen Urtheils an die erſte Inſtanz zurück, und laſſen dort erſt ein neues Urtheil fällen. Dagegen haben ausgezeichnete Praktiker [69]) ſich erklärt, und verlangen, daß das Untergericht zwar die nachträgliche Aufklärung inſtruire, den Gegner mit ſeinen Einwendungen über die neuen Behelfe vernehme, aber die Akten einſende, ſo daß das Obergericht ſelbſt in der Sache ſpricht. So abkürzend dadurch dieſe Einrichtung wirken mag, ſo bedenklich kann doch ihre unbedingte Anwendung werden, wenn man erwägt, daß durch die hinzu gekommenen neuen Aufklärungen der Stand der Sache ein ganz anderer wird, und jetzt ein neues Urtheil über eine neue Aktenlage erfolgt; hat z. B. die neue Urkunde oder der vernommene Sachverſtändige ein von dem vorigen verſchiedenes Reſultat geliefert, ſo wird der Beklagte, der zuvor von der Klage entbunden wurde, jetzt verurtheilt werden müſſen; ſpricht dies das Obergericht ſelbſt aus, ſo ſteht dies Urtheil als unabänderlich da, und der Beklagte ſieht ſich jetzt unvermuthet und ohne weiteres Rechtsmittel verurtheilt; während er, wenn dies Urtheil von erſter Inſtanz gegen ihn ergangen wäre, noch durch Rechtsmittel den Inhalt hätte abwenden können. Erkennen die Geſetze überhaupt das Recht auf mehrere Inſtanzen, verlangen ſie ein Zuſammenſtimmen mehrerer Gerich-

69) Gönner Commentar S. 290. Graf v. Arco von den Urſachen der außerordentlichen Zunahme der Berufungen zur dritten Inſtanz S. 76—90.

te, ſo iſt kein Grund da, eine Ausnahme in den erwähnten Fällen zu machen, weil das vorige Urtheil nicht mehr exiſtirt und eine völlig neue Aktenlage ein neues Urtheil mit allen ſonſtigen Wirkungen und Mitteln dagegen verlangt. Dies Bemerkte gilt jedoch nur von den Fällen, wo ein neuer Beweis angeordnet und vollführt worden iſt, ſey auch nur ein neues Beweismittel da; wenn dagegen das Obergericht nur Aufklärung über die ſchon geführten Beweiſe verlangte, oder, wenn nur die nova zur Unterſtützung und Beſtärkung der vorigen Beſchwerden angeführt wurden, ohne daß auf ſie allein die Beſchwerde gebaut war, iſt das Erkenntniß dem Obergerichte zu überlaſſen.

Wenn die Appellation nur gegen ein Beweisinterlokut Statt fand, und das Obergericht daſſelbe überflüſſig, vielmehr die Sache reif zu einem Enderkenntniß findet, ſo kann unbedenklich das Letzte von dem Obergerichte ſelbſt gefällt werden. [70]

---

70) Dies ſpricht auch der franzöſ. Code art. 473 aus; allein als Muſter der Unbeſtimmtheit ſetzt der Artikel hinzu: il en sera de même dans les cas, ou les cours ou autres tribunaux d'appel infirmeraient soit pour vices de forme soit pour toute autre cause des jugements définitivs. S. über die Auslegung dieſer Stelle Berriat St. Prix p. 392. Carré traité II. tom. p. 81.

§. III.

Wiedereinſetzung in den vorigen Stand.

Der Urſprung des erwähnten Rechtsmittels aus dem römiſchen Rechte [1]) kann nicht bezweifelt werden, obwohl eben ſo gewiß iſt, daß nur in wenig Fällen [2]) das Mittel Statt fand. Bekannter, obwohl auch noch ſehr beſchränkt [3]) und nicht wegen bloßer nova geſtattet, kam die Reſtitution im canoniſchen Rechte vor, und ſelbſt darüber, ob wegen nova ex clausula generali die Reſtitution gegen Urtheile zuläßig ſey, blieb ſpät noch [4]) unter den Praktikern der geiſtlichen Gerichte Streit. Das deutſche Recht wußte davon gar nichts, und daß ſelbſt nicht aus der Leuterung wie manche Schriftſteller glauben [5]) die Reſtitution in die Reichsgerichte kam, ergiebt ſich daraus, daß in den nämlichen Fällen Leuterung und Reſtitution

---

1) L. 33 D. de re indic. l. 31 D. de jurejur. l. 1. 2. Cod. si ex falsis instrum.

2) S. neuere Unterſuchungen in Batz Abhandlungen S. 137. Gensler im Archiv für civil. Praxis IV. Band S. N.° 12.

3) Ueber Auslegung des can. 10 X. de in int. rest. Gensler im Archive l. c. S. 125.

4) S. Maranta de ordine judiciar. p. 679 N.° 61 vergl. mit Duranti specul. lib. II. p. III. (Francf. 1692) tom. II. p. 525.

5) J. B. Hase de restitut. in int. adres. sent. sumar. imp. (Giess. 1743) p. 16, von Kamptz in den Beitr. zum meklenburg. Staats- und Privatr. VI. Thl. S. 110. Bemerkt muß übrigens werden, daß in Meklenburg ein ordentliches aber nicht devolutives Rechtsmittel, das keine nova fordert, restitutio heißt.

neben einander vorkommen [6]. Nur langſam konnte ſie in den Reichsgerichten durch den Gerichtsgebrauch ein Anſehen erhalten. Obwohl ſchon am Ende des XV. Jahrhunderts Beiſpiele nachgeſuchter Reſtitutionen vorkommen [7], ſo ſchweigen doch die älteren Reichsgeſetze darüber [8]; auch die Sammler des Gerichtsgebrauchs im XVI. Jahrhundert ſchweigen oder berühren ſie nur [9], und die Partikularprozeßordnungen des XVI. Jahrhunderts erwähnen ihrer nicht. Erſt von dem Reichsdeputationsabſchiede von 1600 an [10] wurde das Rechtsmittel allgemeiner auch in den Landesgerichten bekannt, bald aber auch mißbraucht, und in ſeinem Umfange ein Gegenſtand des Streits, und nur der ſächſiſchen und baieriſchen Geſetzgebung gebührte das Verdienſt weiſer Beſchränkungen [11]. Von den neuen Geſetzgebungen hatte die preußiſche [12] das Rechtsmittel nur auf die Fälle eingeſchränkt, wenn der Minderjährige durch ſeinen Vormund im Prozeſſe verkürzt wurde, und wenn eine Parthei auf

6) F. v. Riedeſel Vorträge an den vollen Rath des Kammergerichts S. 84.

7) Harprecht Kammergerichtsarchiv 1 Thl. p. 93. 140 VI. Thl. S. 538. 549.

8) Ueber den Gang der Reichsgeſetzgebung über Reſtitution am beſten J. Uhlheimer num. remed. restitut cum rem. revision. in camer. conjungi possit. Bamberg 1778 und Riedeſel Vorträge S. 83—88.

9) Z. B. Alciat (oder der unter dieſem Namen aufgeklärten Sammler) Judiciar. process. compend. p. 264.

10) §. 138. Aus früheren Geſetzen z. B. Deput. Abſch. v. 1533 §. 4. Kammer G. O. v. 1555. III. Tit. 50 kann man nur ſchließen, daß das Rechtsmittel bekannt aber nicht begünſtigt war.

11) S. baier Jud. Cod. cap. 16 §. 1.

12) Gerichtsordnung Tit. XVI. §. 12.

neue Dokumente ſich beruft. Zu ſehr unzweckmäßigen Vorſchriften dagegen kam der franzöſiſche Prozeß. Schon die Beſtimmungen der Ordonnance von 1667 [13]) darüber, unter den Geſichtspunkt der römiſchen retractatio geſtellt, waren unbefriedigend, die neuere Geſetzgebung behielt die Fälle der älteren bei, und zog noch einen zuvor zur Nullitätsquerel gerechneten Fall, wenn das Urtheil auf Nullitäten wegen Verabſäumung von vorgeſchriebenen Formen ſich ſtützt, herein. Auf dieſe Art entſtand unter dem Namen: requête civile als eine Miſchung der Nullitätsquerel und der Reſtitution ein in eilf Fällen zuläſſiges Rechtsmittel [14]). An Controverſen fehlt es nicht [15]); das Rechtsmittel iſt übrigens nicht devolutiv und eine ſehr zweckloſe Formalität der alten Ordonnance iſt beibehalten, nach welcher der Reſtitutionsnachſuchende eine von drei Advokaten unterzeichnete Conſultation, welche die Reſtitution gut heißt, einreichen muß [16]).

---

13) Tit. 35 ſ. Bornier Conférence Tom. I. p. 317.

14) Art. 480 Code de proc. Wenn Dolus vorhanden war, wenn vor oder bei Fällung der Sentenz die bei Strafe der Nichtigkeit vorgeſchriebenen Formen verletzt wurden, wenn über Gegenſtände, um die nicht gebeten war, oder wenn mehr zuerkannt war, wenn ein Klagepunkt übergangen war, wenn mehrere Urtheile der letzten Inſtanz mit einander im Widerſpruch waren, wenn das nämliche Urtheil Widerſprüche enthielt, wenn das Urtheil auf falſche Urkunden gebaut war, wenn neue Urkunden nach dem Urtheile entdeckt wurden, wenn die Staatsbehörde nicht gehört wurde, wenn der Staat, Gemeinden oder öffentliche Anſtalten nicht vertheidigt wurden.

15) Berriat St. Prix Cours tom. II. p. 402. Carré traité II. p. 100.

16) Code art. 495.

Das Unpaſſende dieſer Beſtimmungen entging auch der Geſetzgebung von Genève nicht; ſie ließ ſtatt der Reſtitution das Rechtsmittel der Reviſion zu; während der Code nur neue Dokumente zuließ, wenn der Gegner im vorigen Prozeſſe ſie zurückgehalten hatte, geſtattete das Geſetz die Reviſion einer wegen neu aufgefundener Urkunden, und die Pflicht des Impetranten, nach franzöſiſchem Prozeſſe 300 Franken voraus zu erlegen, wurde ebenſo wie die Forderung der Conſultation der drei Advokaten aufgehoben [17]. Das Geſetzbuch des Kantons von Teſſin [18]) läßt Reſtitution zu, wenn auf falſche Dokumente geurtheilt iſt, wenn in den vorigen Erkenntniſſe Dolus oder Fälſchung mitwirkte, oder wenn neue relevante Urkunden aufgefunden wurden. Die neuen deutſchen Geſetzgebungen wählen verſchiedene Wege der Beſchränkung. Die Oberappellat. Gerichtsordnung der vier freien Städte [19]) läßt die Reſtitution zu, wenn das Urtheil auf falſche Urkunden, falſche Zeugenausſagen oder untergeſchobene oder abſichtlich wahrheitswidrige Gutachten von Sachverſtändigen gebaut war oder wenn gegen einen nothwendigen Haupten neue Beweismittel aufgefunden werden; die ſächſiſche [20]) und Zerbſter Ober A. O. [21]) erwähnen nur des Rechtsmittels wegen neuer Beweismittel, die bremiſche Gerichtsordnung [22]) geſtattet ſie wegen neuer erheblicher Beweismittel und Thatumſtände, die

17) Exposé des motifs de la loi de Genève p. 174 — 184.
18) Codice di procedura civile art. 425.
19) §. 55.
20) Weimar. Ober A. O. §. 26.
21) Zerbſter O. A. O. §. 53.
22) Gerichtso. §. 523.

Naſſauiſche [23]) erlaubt nur ſie dann nur wegen nova, wenn einer der im röm. R. vorkommenden Reſtitutionsgründe gegen rechtskräftige Urtheile hinzu kömmt, oder wenn die Parthei auf andere Art als durch ihren Eid erweiſet, daß ſie briefliche Urkunden ohne Schuld nicht vor dem Urtheile kannte. Die berniſche Geſetzgebung [24]) geſtattet Geſuch um ein neues Recht, ſowohl wegen Beweismittel, deren während der Verhandlung gedacht, die aber erſt ſeit der Fällung des Urtheils zur Hand gebracht wurden, als wegen neu entdeckter Beweismittel und wegen erfolgter Fälſchung; wendet man ſich nun an die genauere Beurtheilung der verſchiedenen Anſichten, ſo kömmt es vorerſt auf die Frage an: ob die bloße Neuheit einer Behauptung oder eines Beweismittels genügen ſoll, oder ob auſſer der Neuheit die Zuläſſigkeit der Reſtitution noch von dem Daſeyn anderer Bedingungen abhängen ſoll, z. B. von dem Dolus des Gegners oder einer entdeckten Fälſchung? — Wenn zwar für die Beſchränkung des Rechtsmittels im zweiten Sinne die Erwägung ſpricht, daß die gerichtliche Wahrheit nur das Reſultat einer gewiſſen Aktenlage iſt, und der Staat mit formeller Wahrheit ſich begnügen muß, wenn er nicht ins Unendliche fort Prozeſſe laufen laſſen will, wenn es wahr iſt, daß die Rechtsſicherheit und Gewißheit der Rechtsverhältniſſe ein Hauptſtreben jeder Geſetzgebung iſt, daß aber, ſobald auſſerordentliche Rechtsmittel geſtattet ſind, keine ſiegende Parthei darüber beruhigt ſeyn kann, daß nicht in wenig Wochen ihr Gegner mit der Behauptung neu

---

23) Naſſau. Prozeßo. §. 127.
24) Geſetzbuch über das gerichtliche Verfahren Art. 321.

aufgefundener Thatſachen auftreten und zu einem neuen koſtſpieligen Verfahren ſie nöthigen werde, wenn die Conſequenz der Eventualmaxime und die Kraft peremtoriſcher Beweistermine das Ausſchließen des neuen Vorbringens zu fordern ſcheint, wenn dazu die Erfahrung kömmt und belehrt, daß in den meiſten Fällen, in welchen Reſtitutionen nachgeſucht werden, nur chicaneuſe Abſicht ſie erzeugt, und der Ausgang die Zweckloſigkeit des neuen Verfahrens lehrt, wenn endlich von jeder Parthei, welche zu Gericht kömmt, erwartet werden kann, daß ſie ſich gehörig vorbereitet und die Mittel der Rechtsverfolgung erwogen haben werde, wenn in den meiſten Fällen, in welchen jemand mit neuem Vorbringen auftritt, ihm vorgeworfen werden konnte, daß er durch eigene Schuld das Beweismittel nicht ſorgfältiger bewahrte, ſo dürfen doch auch andere Rückſichten nicht unbeachtet bleiben. Es iſt ein in jeder Geſetzgebung herrſchendes Streben, bei aller Strenge über die Einhaltung der Formen zu verhindern, daß nicht materielles Unrecht in formelles Recht übergehe, und die Fortbildung des römiſchen Rechts durch den Prätor, wie der ſeit den Gloſſatoren in der Praxis geltende Satz: novum emergens novum requirit auxilium ſind die Beweiſe dieſes Strebens, und nur da, wo eine Parthei durch eigene Schuld im Prozeſſe unterliegt, ſo daß ſie auch bei dem beſten materiellen Rechte nur ſich den Vorwurf machen muß, wenn ſie nicht ſiegte, hat die Geſetzgebung Gründe, das Urtheil unumſtößlich beſtehen zu laſſen. Die Schuld einer Parthei kann aber darin liegen, daß ſie entweder bei Eingehung eines Rechtsgeſchäfts gar nicht für den nöthigen Beweis deſſelben ſorgte, und im Uebermaaße des Vertrauens nur auf ihren Mitcontrahenten baute, oder daß ſie in

der Bewahrung des Beweismittels leichtſinnig war; in ſolchen Fällen der Schuld verdient die Parthei, welche den Prozeß, wegen Mangels der Beweiſe, verlor, und ſpäter mit der Behauptung neuer Entdeckungen den Streit wieder beginnen will, keine Milde, ſondern leidet, wenn das Urtheil als unumſtößlich erklärt wird, nur die Folgen eigener Schuld. Wenn daher eine Parthei zu einem wichtigen Geſchäft weder Zeugen zugezogen, noch eine Urkunde errichtet hat, und nun wegen Mangel eines Beweiſes den Prozeß verliert, ſo verdient ſie auch nicht mit einem Reſtitutionsgeſuch gehört zu werden, wenn ſie ſpäter erfährt, daß zufällig ein Zeuge von dem Rechtsgeſchäfte etwas wußte und nun bereit iſt, darüber auszuſagen; denn dies ſpätere Auffinden des zufälligen Zeugen kann den gerechten Vorwurf der Sorgloſigkeit nicht heben, weil der Zeuge nicht abſichtlich zum Geſchäfte beigezogen war. Auf gleiche Art verdient der keinen Schutz, welcher ein Beweismittel, deſſen Bewahrung von ihm abhing, durch Sorgloſigkeit aus ſeinen Händen kommen ließ, z. B. eine Urkunde, auch wenn er zufällig wieder das Verlorene ſpäter auffindet. Ungeachtet dieſer Schuld kann das Geſetz nur dann gegen eine Parthei nachſichtiger ſeyn, wenn a) nicht die jetzt ſtreitende Parthei ſelbſt die Schuld trifft, ſondern von einem Rechtsverhältniſſe die Rede war, welches nicht in der Perſon des Streitenden entſtand, oder b) wenn der Gegner durch wiſſentlich gefälſchte Beweismittel ſiegte, weil hier die Rückſicht eintritt, daß Niemand aus ſeiner unerlaubten Handlung Nutzen ziehen darf. Alle Begünſtigung verdient aber dann eine Parthei, wenn ihr ſchon vom Anfange an keine Schuld vorzuwerfen war, wenn ſie daher für ein Beweismittel gehörig geſorgt hatte, wenn aber durch Zufall daſſelbe für ſie

verloren ging, oder von dem Gegner abſichtlich zurück gehalten wurde; in dieſen Fällen begründet die ſpätere Entdeckung des Beweismittels die Reſtitution, obwohl das ſpäter Aufgefundene hier nur relativ **neu** genannt werden kann, indem die Parthei das Daſeyn des Beweismittels früher wohl kannte, aber daſſelbe beizubringen nicht im Stande war; [25]) nur kann in dieſen Fällen das Geſetz von der Parthei verlangen, daß ſie im vorigen Prozeſſe das ihr bekannte Beweismittel beſtimmt, und ſoviel ihr davon bekannt iſt, bezeichne, wenn ſie will, daß in der Folge von dem neu Aufgefundenen ein Gebrauch gemacht werden ſoll. Auf dieſe Art wäre nie das bloße novum für ſich ein Reſtitutionsgrund, ſondern es müßten immer noch beſondere Bedingungen hinzu kommen, wenn es beachtet werden ſollte. Die Parthei, welche auf das novum das Rechtsmittel bauen wollte, müßte daher ihre Schuldloſigkeit wegen der verſpäteten Produktion darthun können; a) bei Beweismitteln, welcher die Parthei ſchon bei Eingehung des Rechtsgeſchäfts abſichtlich über daſſelbe beizog oder errichtete, müßte ſie,

---

25) Von **Gönner** in den Motiven zum Prozeßgeſetzbuche S. 859 läßt auch ein novum juris dann als Reſtitutionsgrund zu, wenn das jus als factum z. B. in dem Beweiſe eines vorher nicht bekannten Statutarrechts beſteht. Allein erwägt man, daß hier das jus nicht aufhöre jus zu ſeyn, daß nur in Anſehung der Beweisführung ſolche jura singularia wie facta behandelt werden, daß die Parthei, wenn ſie das Statutarrecht nicht kannte, auch nicht unter der Vorausſetzung deſſelben ihr Rechtsverhältniß eingehen konnte, daß auf jeden Fall durch die Geſtattung dieſer Reſtitution zu viele Chikanen bei unſerem deutſchen Rechtszuſtande begünſtigt würden, ſo kann man wohl mit **Gönner** nicht einverſtanden ſeyn.

wenn ſie ſie im früheren Prozeſſe nicht beſaß, das Beweismittel wenigſtens, wie oben bemerkt wurde, beſtimmt bezeichnet und ſich darauf berufen haben; b) bei neu aufgefundenen Beweiſen anderer Art, müßte ſie erweiſen, daß das Beweismittel bisher durch den Gegner abſichtlich zurück gehalten wurde; c) oder ihr Beweis mußte darauf gehen, daß ihr Gegner wiſſentlich falſcher Beweismittel, worauf das Urtheil gebaut wurde, ſich früher bediente; d) nur bei Rechtsgeſchäften, bei deren Eingehung die jetzt ſtreitende Parthei nicht thätig war, die alſo in einer anderen Perſon entſtanden, könnte [26]) das bloße novum genügen. Beſchränkt man auf dieſe Art das Vorbringen der nova, ſo iſt nicht leicht ein Mißbrauch zu beſorgen, die Geſetzgebung giebt hier nicht einer unzeitigen und durch nichts begründeten Milde nach, auch ſteht nicht die Eventualmaxime im Wege, weil dieſe ihrem Zwecke nach nur darauf gehen kann, daß eine Parthei alles, was ihr zur Zeit des Rechtsſtreits bekannt iſt und zu Gebote ſteht, auf einmal und wenigſtens eventualiter gebrauche, [27]) nicht aber, daß ſie mit dem ihr ſpäter erſt Bekannten gar nicht mehr gehört werde. Für den Geſetzgeber und Praktiker dürfte jedoch die auch von Globig [28]) bemerkte Rückſicht bedeutend

---

26) Von Globig in ſeinem Syſtem der Geſetzgebung für das gerichtliche Verfahren S. 339 geſtattet Reſtitution, wenn alle Thatſachen zu beweiſen ſind, welche nicht die Perſon des Beweisführers ſelbſt, ſondern ſeinen Vorgänger oder eine Mittelsperſon der Handlung betreffen.

27) S. gute Bemerkungen über die Eventualmaxime in Zum-Bach vollſt. Gegeneinanderſtellung der Hauptmomente der preuß. und franzöſ. Prozeßordn. S. 169—179.

28) Censura rei Jud. for. tom. II. p. 223.

ſeyn, daß bei der Reſtitution überhaupt der Beklagte mehr Begünſtigung als der Kläger verdiene, weil er ſich nicht wie der letztere vorbereiten konnte, ſondern zur Verfolgung des Rechts gezwungen war. Was die Beweismittel betrifft, welche, als neu aufgefunden, Reſtitution begründen ſollen, ſo iſt über Urkunden nie geſtritten worden, nur muß ihre Erheblichkeit in der Art gefordert werden, daß durch ſie entweder das Fundament der Klage unmittelbar, oder eine wahre Exzeption bewieſen werden kann. In Anſehung der Zeugen wird die Sache ſchon ſchwieriger; während der gemeine Prozeß auch neue Zeugen zuläßt, iſt der ſächſiſche Prozeß ſtrenge dagegen, und noch ein neues ſächſiſches Geſetz [29]) ſchließt die Zeugen aus; der preußiſche Prozeß [30]) läßt Reſtitution wegen neu aufgefundener Zeugen nur zu, wenn der Implorant dieſe Zeugen bei einer im vorigen Prozeſſe ſchon vorgekommenen Thatſache damals beſtimmt angezeigt hatte, und ihre Vernehmung wegen Abweſenheit oder Krankheit, oder weil der Aufenthalt unbekannt geweſen iſt, oder weil der fremde Richter ſie nicht vernehmen wollte, unterblieb. Während Hurlebuſch [31]) Zeugen zulaſſen will, findet Pratobevera [32]) ihre Zulaſſung bedenklich. Allerdings hat nach dem Geiſte des canoniſchen Rechts, nach der beſtimmt geäuſſerten Furcht vor Beſtechung der Zeugen,

---

29) Königl. ſächſ. Mandat vom 22. Nov. 1821.
30) Gerichtsordnung Tit. XVI. §. 26.
31) In den Beiträgen zur Civil- und Criminalgeſetzg. II. Heft S. 131.
32) In einer trefflichen Abhandlung über die Reſtitution in den Materialien zur Geſetzkunde in Oeſterreich VI. Band N.° III. S. 177.

und aus der Rückſicht der Leichtigkeit einen gewiſſenloſen Menſchen zum Zeugniß beſtimmen zu können, die Zulaſſung neuer Zeugen viel gegen ſich, ſo wie auch die Conſequenz einer Geſetzgebung, die, wie die franzöſiſche, den Zeugenbeweis nicht bei einer größeren Summe zuläßt, keine Begünſtigung des neuen Zeugenbeweiſes geſtattet. Hält man ſich auch an die obige Unterſcheidung der nova, ſo ergiebt ſich leicht, daß die bloße Behauptung, daß man neue Zeugen aufgefunden habe, kein Reſtitutionsgrund ſeyn darf, weil theils bei der erſten Begründung des Reſtitutionsgeſuchs es nicht ſo wie bei Urkunden, die vom Gerichte nur eingeſehen werden dürfen, bei Berufung auf Zeugen möglich iſt, zu prüfen, ob die Reſtitution nicht aus Chicane impetrirt iſt, indem der Richter nicht wiſſen kann, was der Zeuge ausſagen wird, theils weil in den meiſten Fällen, in welchen ſich die Parthei auf neue Zeugen beruft, die Parthei nur Zeugen anführen kann, die zufällig bei dem Rechtsgeſchäfte waren, oder etwas darüber ausſagen können, ſo daß der Vorwurf ihr immer noch gemacht werden kann, daß ſie nicht bei der Eingehung des Rechtsgeſchäfts für ein Beweismittel geſorgt hat; auch iſt unverkennbar bei der Produktion eines irgendwo aufgehaſchten ſogenannt neuen Zeugen die Gefahr der Beſtechung zu groß. Aus dem nämlichen Grunde, und hier noch mehr, weil überhaupt bei Sachverſtändigen ſoviel vom Glauben abhängt, und gerne ein Kunſtverſtändiger des Widerſpruchs wegen anderer Meinung als der College iſt, ſollte auch die Berufung auf neue Sachverſtändige, z. B. wenn durch ſie der Irrthum der vorigen nachgewieſen werden ſoll, nie eine Reſtitution begründen, vorzüglich da jede Parthei die Vermuthung gegen ſich hat, daß ſie die Kunſtverſtändigen

ſchon früher hätte erbitten können. [33]) Ganz anders verhält ſich die Sache, wenn von Zeugen die Rede iſt, welche die Partheien zur Eingehung des Rechtsgeſchäfts beigezogen hatten, welche ſie aber wegen Abweſenheit oder weil der Aufenthalt des Zeugen unbekannt war, nicht produziren konnten; hier fällt der Grund des Vorwurfs einer Schuld der Parthei weg. Die Beſorgniß der Beſtechung wird aber entfernt, wenn das Geſetz, wie das preußiſche thut, verlangt, daß die Parthei, die jetzt zur Reſtitution auf einen Zeugen ſich berufen will, ſchon im vorigen Prozeſſe den Zeugen benannt, aber dabei angegeben habe, daß die Vernehmung nicht geſchehen konnte. Nicht weniger muß die Produktion neuer Zeugen dann erlaubt ſeyn, wenn die Parthei zugleich damit den Beweis antritt, daß ihr Gegner durch falſche Beweismittel den Prozeß gewonnen habe; nur darf dieſer Beweis nicht blos auf die Unwahrheit des vom Gegner früher Bewieſenen, ſondern er muß darauf gerichtet werden, daß die damals produzirten Zeugen und Sachverſtändigen beſtochen oder die Urkunden verfälſcht waren. Der Beweis, daß der Gegner in dem früheren Prozeſſe falſch geſchworen habe, kann wegen der durch Erfahrung erwieſenen Chikanen und Mißbräuche im Civilprozeſſe nicht früher zugelaſſen werden, bis im Criminalprozeſſe der Gegner des Meineids überwieſen worden iſt; erſt auf das rechtskräftige Criminalurtheil ſollte das Reſtitutionsgeſuch eingeleitet werden.

Nicht weniger wichtig iſt die Frage: durch welche Beweiſe der Implorant die Neuheit ſeines Beweismittels und der übrigen Bedingungen der Reſtitution her-

33) V. Drais Geſchichte der badiſchen Gerichtshöfe S. 114.

ſtellen darf. Im gemeinen deutſchen Prozeſſe brauchte der Impetrant nur einen Eid zu leiſten, der darauf ging, daß er das novum entweder früher nicht gekannt, oder es nicht habe beibringen können, oder daſſelbe beizubringen nicht für dienlich erachtet habe; daß durch den letzten Theil der Eidesformel die auffallendſten Mißbräuche veranlaßt und chikaneuſe Reſtitutionen begünſtigt wurden, indem der Advokat ſehr leicht beſchwören konnte, daß er es früher nicht für dienlich erachtet habe, iſt in der Praxis überall anerkannt; die neueren Geſetzgebungen geſtatten daher auch nicht mehr dieß zu beſchwören, und in dem neueſten Beſchluß des Bundestags [34]) über die Reſtitution gegen rechtskräftige Austrägalurtheile wurde weiſe die Eidesformel nur darauf gerichtet, daß der Implorant von den novis vor der Eröffnung des Urtheils keine Wiſſenſchaft gehabt, und ſolche erſt nachher erlangt habe. Die Nothwendigkeit der Beſchränkung der Eide und insbeſondere auch des Reſtitutionseides wird überall anerkannt, [35]) aber der Hauptnachtheil ſchien immer darin zu liegen, daß man dieſen Eid als eine Art des Calumnieneides betrachtete; in ſo ferne hat er freilich alle bekannten Gründe dieſer Eide gegen ſich und verdient keine Begünſtigung. Am einfachſten geht man von der Anſicht aus, daß das bloße novum für ſich nicht hinreiche, die Reſtitution zu begründen, daß vielmehr gewiſſe oben angegebene Bedingungen hinzu kommen müſſen, welche zugleich zum Funda-

---

34) S. Mohl die öffentliche Rechtspflege des deutſchen Bundes S. 207.

35) Von Drais Geſch. der badiſchen Gerichtshöfe S. 113. Globig censura rei Jud. Tom. II. p. 222 not. Hutlebuſch Beiträge 2 H. S. 138.

mente der Reſtitutionsklage gehören, und von dem Reſtitutionskläger wie andere Merkmale der Klage erwieſen werden müſſen. Die Beweisführung hängt nun von den behaupteten Thatſachen ab, durch welche der Impetrant die Reſtitution begründen will. In Fällen, wo er ſich auf ein novum beruft, welches ein bei Errichtung des Rechtsgeſchäfts gebrauchtes und ſpäter verlornes Beweismittel enthält, muß er nach dem obigen Vorſchlage ohnehin im vorigen Prozeſſe das Beweismittel ſchon beſtimmt bezeichnet haben; behauptet er nun, daſſelbe jetzt erſt wieder aufgefunden zu haben, ſo wird es ihm theils nicht ſchwer werden, auf Verlangen, die Art der Entdeckung beweiſen zu können, theils kann das Geſetz hier geſtatten, daß der Reſtitutionskläger durch einen Eid erhärte, daß er jetzt erſt das Beweismittel wieder entdeckt habe. Beruft ſich der Impetrant darauf, daß ſein Gegner das Beweismittel abſichtlich bisher zurück gehalten oder früher durch produzirte falſche Beweismittel geſiegt habe, ſo iſt kein Grund da, auch in dieſen Fällen mit dem Eide ſich zu begnügen, der Impetrant muß vielmehr die Behauptung gegen den Gegner ſtrenge erweiſen, und kann ſich des Eides nur bedienen, in ſo ferne er als ein zugeſchobener ſich rechtfertigen ließe. Geſtattet das Geſetz auch noch andere nova als Reſtitutionsgründe, z. B. in Fällen, wo den ſtreitenden Theil kein Vorwurf der Schuld trifft, z. B. weil das Rechtsgeſchäft nicht von ihm eingegangen iſt (der belangte Erbe findet, erſt nachdem er ſchon verurtheilt iſt, die Quittung über die Zahlung durch den Erblaſſer) oder bei Minderjährigen, ſo würde der Impetrant ſich zum Beweiſe erbieten müſſen, daß er früher von dem Daſeyn des Beweismittels nichts gewußt, daß er es jetzt erſt entdeckt, und daß er es auf die von ihm

anzugebende ſpezielle Weiſe aufgefunden habe. [36]) Kann der Kläger dies beweiſen, ſo hat er hiezu Befugniß, kann er es nicht, ſo erbietet er ſich zum Eide, der aber nicht ſogleich, ſondern erſt dann geſchworen werden ſoll, wenn über die Relevanz des vorgebrachten novi erkannt werden kann. [37])

In Anſehung der Zeit kann die Frage doppelt geſtellt werden, 1) ſoll das Recht wegen nova unter den obigen Bedingungen Reſtitution zu ſuchen überhaupt an eine gewiſſe Zeit gebunden werden, ſo daß nach deren Ablauf der Impetrant gar nicht mehr gehört werden ſoll? 2) In welcher Zeit von der Entdeckung des novi an gerechnet, ſoll Reſtitution bei Strafe des Verluſts nachgeſucht werden? Wenn auch in Bezug auf die erſte Frage die Entdeckung der Wahrheit an keine Friſten gebunden werden ſoll, wenn derjenige, welcher ohne ſeine Schuld Beweismittel verlor, zu jeder Zeit gehört zu werden verdient, wenn er das Verlorne auffindet, ſo forderte dennoch die Rückſicht, daß unſere Geſetzgebung, welche die Verjährung erkennt, überhaupt die Nothwendigkeit ausſpricht, das Vorbringen der Klagen an gewiſſe Zeiten zu binden, dies vorzüglich in Anſehung der Reſtitutionen, weil die Rechtskraft der Urtheile jede Reſtitution ohnehin nur als Ausnahme zu betrachten lehrt, weil durch die bloße Ausſicht einer Parthei, daß noch Reſtitution möglich iſt, eine Rechtsunſicherheit, und

---

36) Die Forderung, dies letzte zu beſchwören, z. B. daß der Kläger das Dokument in dieſem oder jenem Hauſe gefunden habe, wirkt gewiß wohlthätig und hält Manchen von einer frivolen Reſtitutionsklage ab, ſo wie dies auch dem Eide eine beſtimmte Richtung giebt und die Einwendungen gegen den Calumnieneid beſeitigt.

37) S. auch preuß. Gerichtso. Tit. XVI. §. 21.

erſt nach Ablaufe der Zeit, innerhalb welcher Reſtitution zu ſuchen war, eine wahre Rechtsgewißheit entſteht, und weil bei verſpäteten Reſtitutionen ohnehin in den meiſten Fällen eine völlige Wiederherſtellung des vorigen Standes ſchwer oder gar nicht möglich iſt. Wenn wir darnach eine geſetzliche Vorſchrift rechtfertigen, welche Reſtitution nur innerhalb einer beſtimmten Zeit geſtattet, ſo ſcheint zwar die preußiſche Zeit [38]) von 10 Jahren zu lange dauernd zu ſeyn, [39]) allein erwägt man, daß die Gerichtsordnung in dem Falle, wenn der Impetrant beweiſen kann, daß er durch dolus des Gegners oder eines dritten [40]) an der früheren Auffindung der Urkunden gehindert worden iſt, mit der Reſtitution gehört werden darf, ſo verſchwindet die ſcheinbare Härte; und es muß nur der Beweis, daß die Beweismittel des früheren Prozeſſes falſch waren, ebenfalls zu jeder Zeit geſtattet ſeyn. Was aber die Zeit betrifft, innerhalb welcher von der Entdeckung des novi an gerechnet Reſtitution nachzuſuchen iſt, ſo iſt offenbar das gemeinrechtliche quadriennium zu lange, die franzöſiſche Friſt [41]) von drei Monaten

38) Gerichtsordn. Tit. XVI. §. 19.

39) Das gemeine Recht kennt nach der richtigen Meinung (ſ. Riedeſel Vorträge S. 94 und Gensler im Archive IV. Bd. S. 136) keinen ſolchen Zeitraum, da ſich das quadriennium nur darauf bezieht, daß innerhalb dieſer Zeit, gerechnet von der Entdeckung des novi die Reſtitution geſucht werde.

40) Es ſcheint unrichtig die Reſtitution wegen des dolus eines dritten zu geben; gegen ihn mag der Verletzte die Entſchädigungsklage wegen verlorenen Prozeſſes anſtellen, aber der unſchuldige Gegner kann darunter nicht leiden.

41) Code de proc. art. 483.

aber und die bremiſche [42]) zu kurz, [43]) wenn man erwägt, daß der Impetrant, wenn er auch das novum auffindet, nicht ſogleich die Reſtitution nachſuchen kann, vielmehr und vorzüglich wenn er gewiſſenhaft iſt, Erkundigungen einziehen, Berathungen pflegen und ſich gehörig vorbereiten muß, was insbeſondere dann zu berückſichtigen iſt, wenn der Erbe, welcher ein novum findet, gegen einen von ſeinem Erblaſſer verlornen Prozeß Reſtitution nachſuchen will. Zweckmäßig ſcheint daher die Friſt von einem Jahre [44]) für die Nachſuchung des Rechtsmittels geſetzt zu werden. In dem Bundestagsbeſchluſſe über Reſtitution gegen Austrägalerkenntniſſe iſt gleichfalls ein Jahr zur Reſtitution beſtimmt. [45])

In Anſehung einiger andern bei der Reſtitution zur Sprache kommenden Punkte iſt es 1) nothwendig, daß die Reſtitution nicht an das höhere Gericht, ſondern an das erſte Inſtanzgericht gebracht werde, [46]) weil dies ſchon wegen des Inſtanzenzuges und dann nothwendig iſt, wenn das Hauptverfahren mit dem Vorverfahren verbunden werden ſoll, weil dadurch das erſte Gericht in den Stand geſetzt wird, ſogleich

42) Gerichtsordnung Art. 535.

43) Die preußiſche Gerichtso. l. c. §. 21 fordert auch binnen acht Wochen von der Entdeckung des novi an die Anmeldung der Reſtitution, allein wenn auch ſpätre rest. angebracht wird und ſich die Relevanz des novi ergiebt, ſo wird doch in der Hauptſache erkannt, der Impetrant wird aber mit Geldſtrafe belegt.

44) S. z. B. auch Gönner Entwurf Buch IV. cap. III. §. 6.

45) Mohl die öffentliche Rechtspflege des deutſchen Bundes S. 207.

46) Dies fordert auch der Code de proc. art. 490.

auf das novum das Haupturtheil auszuſprechen, und weil die Entſcheidung mit voller Unpartheilichkeit dem erſten Gerichte anvertraut werden kann, indem das vorige Urtheil ja auf eine ganz andere Aktenlage ergieng. 2) Ein Suſpenſiveffekt ſollte dem Reſtitutionsgeſuche in der Regel nicht beigelegt werden, wie auch das Kammergericht dies ſo anerkannt hat; [47]) Ausnahmen mögen eintreten, wenn der Impetrant nachweiſen kann, daß ein unerſetzlicher Nachtheil aus dem Mangel der Suſpenſivkraft erfolgen würde. [48]) Darauf, daß die Reſtitution nur vor der wirklichen Vollſtreckung geſucht wird [49]) kann es nicht ankommen, und auf jeden Fall müßte der Impetrant Caution leiſten, wie darauf auch in ſolchen Fällen das Kammergericht erkannte. [50]) 3) Zweckmäßig ſcheint auch die Einführung der Vorſchrift, daß gegen ein Urtheil letzter Inſtanz nur einmal eine Reſtitutionsklage angebracht werden darf. [51]) 4) In Anſehung des Verfahrens hat ſich in die Praxis mancher Gerichtshöfe die Sitte eingeſchlichen, daß der Reſtitutionsſucher zuerſt die Aufhebung des vorigen Urtheils zu bewirken ſucht, ohne daß bereits auf den Grund der nova das

---

47) Riedeſel Vorträge S. 102.

48) Bremiſche Gerichtso. §. 534. Der baier. Jud. Cod. cap. 16 §. 1. N.° 7 geſtattet Suspenſiveffekt wenn das novum ſoweit beſcheinigt und deduzirt iſt, daß der Richter ſolches nicht ohne Grund zu ſeyn leicht erachten kann. Eine Verordnung vom 24. September 1766 benimmt dem Rechtsmittel überhaupt den Suspenſiveffekt.

49) Darauf ſieht die badiſche Obergerichtsordn. §. 167 f. dagegen mit Recht v. Drais Geſch. der bad. Gerichtso. S. 115.

50) Senkenberg de restitut in int. c. IV. §. 34.

51) Drais Geſchichte S. 116.

neue Urtheil impetrirt und die Relevanz der nova in der Hauptſache deduzirt wird; es ergeht nach dieſer Sitte, wie die Praxis ſagt, vorerſt das judicium rescindens, wodurch über die Zuläſſigkeit der Reſtitution überhaupt erkannt wird. Dann erſt fängt der Prozeß in der Hauptſache an, und es kömmt zu dem judicio rescissorio; dies Verfahren aber nicht zu rechtfertigen, weil es unnöthiger Weiſe ſtatt eines Prozeſſes zwei herbei führt, unnöthige Koſten veranlaßt, und weil ſelbſt das judicium rescindens ohne Prüfung der Hauptſache nicht gut möglich iſt; daher gebieten Landesgeſetzbücher [52]) und rathen Praktiker [53]) die Verbindung beider judicia.

IV.

Nichtigkeitsbeſchwerde.

Als ein auſſerordentliches von der erſten Zeit ſeiner Bekanntſchaft in Deutſchland höchſt beſtrittenes Rechtsmittel kömmt noch die Nichtigkeitsbeſchwerde vor. Im römiſchen Prozeſſe entwickelten ſich unter dem Geſichtspunkte, daß es einer Appellation nicht bedürfe [1]) aus dem Verhältniſſe des judex und praetors und aus der Einrichtung, nach welcher der Sie-

---

52) Cod. Jud. bav. cap. 16 §. 1 N.° 9.

53) Pratobevera in den Materialien VI. Bd. S. 190.

1) Daher der Titel der Pandekten (XLIX. 8.) quae sententiae sine appellatione und im Codex (VII. 64) quando provocare non est necesse.

ger mit dem Ausſpruche des Judex ſich doch erſt wegen der Vollſtreckung an den Prätor wenden mußte, einige Fälle, in welchen die Anſicht ſich ausbildete, daß das Urtheil nichtig ſey, und daher weder actio noch exceptio judicati darauf gegründet werden könne. [2]) Von einer an gewiſſe Behörden zu richtenden und beſtimmte Zeit dauernden Nichtigkeitsklage kömmt auch unter den Kaiſern nichts vor; es gab freilich nichtige Urtheile, die ihrer Natur nach nie eine Wirkung haben konnten, [3]) aber es führt kein Geſetz darauf, daß auch wegen behaupteter Nichtigkeiten nach geſchehener Vollſtreckung ein Rechtsmittel Statt fand, wenn nicht etwa durch Reſtitution geholfen werden konnte, oder ein Fall der retractatio eintrat. Bei den geiſtlichen Gerichten des Mittelalters hätte zwar dieſe römiſche mit röm. Gerichtsverfaſſung zuſammenhängende Anſicht als unpaſſend, nie einen Eingang finden ſollen, allein die Praktiker beriefen ſich auf die römiſchen Stellen, und griffen, wenn auch nicht appellirt wurde, das Urtheil an; [4]) man behielt ſich ſelbſt, wenn man appellirte, das Recht die Nullitäten nachträglich zu verfolgen bevor, und Gloſſatoren [5]) und Praktiker ſammelten die Nichtigkeitsfälle, [6]) während die Praxis, um der Sache eine Form zu geben, ein eigentliches re-

---

2) S. die Fälle in Almendingen Metaphyſik S. 279. Ahorner Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeſchwerde S. 12.

3) Z. B. Fall in l. 2. 3. D. h. t.

4) Duranti speculum lib. II. 3 cap. de sententia und die Anſichten der älteren Canoniſten überh. in Vantius tract. de nullitatibus processuum. Colon. 1575.

5) Ihre Anſichten kommen vorzüglich in den Glossen ad leg. 4 Cod. de sentent. vor.

6) S. beſ. auch Maranta de ordine judiciorum p. 1111 dist. 16.

medium nullitatis geſtattete [7]) und unter den nullitatibus insanabilibus (bei den a jure naturali eingeführten Formen und Sätzen) und den nullitatibus sanabilibus (bei den formis juris positivi) unterſchied. [8]) Dieſe Anſichten gingen nun in die Praxis der Reichsgerichte über, auch die canoniſchen Unterſcheidungen finden ſich darin, die erſten Reichsgeſetze [9]) nennen nur die Nichtigkeit, und nur die Vorſchrift der Kammergerichtsordnung von 1555. [10]) Wenn man ihren Sinn gehörig hätte verſtehen wollen, hätte man dem Unweſen vorbeugen können, welches dadurch getrieben wurde, daß man durch beſtändige Berufung auf Nichtigkeit die Urtheile an das Kammergericht zu bringen ſuchte, wozu die Praxis ſchon nach der Lehre der Canoniſten die dreißigjährige Verjährungszeit geſtattete. [11]) Sehr merkwürdig ſind zur Erläuterung der damaligen Praxis die Ausſprüche der alten Landesgerichtsordnungen aus dem XVI. Jahrhundert, insbeſondere der baieriſchen von 1520 [12]) und der badiſchen von 1588. [13]) Die erſte handelt von der Nichtigkeit bei der Appellation, und erklärt, daß man wegen ungerechter Urtheile appelliren müſſe, wegen nichtiger Urtheile aber dies nicht nöthig habe, ſondern daß die Parthei bei dem untern oder dem oberen Rich-

7) S. Goldſchmidt Abh. aus d. bürgerl. Proz. S. 113.
8) S. auch clem. saepe de Verb. sign.
9) Z. B. Kammergerichtso. v. 1521.
10) Thl. III. Tit. 34 §. 2.
11) P. de Ferrariis de praxis aur. XXI. N.° 5.
12) Baier. Gerichtso. v. 1520 Tit. IX. Art. 8. 9.
13) Landrecht der Markgrafſchaft Baden Baden v. 1588 Tit. XL. (abgedruckt in der Sammlung der Landr. Landeso. u. Statuten der Markgr. Baden Carlsruhe 1805) I. Thl. S. 106.

ter nur die Nichtigkeit anzuzeigen brauche; das zweite handelt davon bei der Vollſtreckung der Urtheile, und ſpricht von der exceptio nullitatis, durch welche, wenn ſie in continenti erwieſen würde, die Vollſtrekkung aufgehalten werden ſoll; in Anſehung der Nichtigkeitsgründe zählt die baieriſche acht und die badiſche zehn auf; die meiſten ſind aus römiſchen Geſetzen genommen; insbeſondere rechnen beide den Fall hieher, wenn ein Endurtheil einen ausgedrückten öffentlichen Irrthum wider ausgedruckte kaiſerlich Recht oder wider göttlich oder natürlich Recht enthält; die badiſche Ordnung zählt noch den Fall hieher, wenn das Urtheil auf falſche Zeugen oder Urkunden gebaut oder von einem beſtochenen Richter gefällt war. — Alle Verſuche der Reichsgeſetze feſtere Beſtimmungen zu geben, wären ungenügend, und die Praxis war ſo von Vorurtheilen erfüllt, daß ſelbſt die nach langen Berathungen [14]) zu Stande gekommene Vorſchrift des jüngſten Reichsabſchieds [15]) nicht gehörig gewürdigt und in ihrem wahren beſchränkenden Sinne aufgefaßt wurde. Durch den Gebrauch der Worte: insanabilem defectum hatten die Redaktoren des Reichsgeſetzes der Praxis die Veranlaſſung zur Annahme gegeben, daß die Reichsgeſetzgebung den alten Unterſchied zwiſchen nullitas sanabilis und insanabilis habe beſtätigen wollen, und es war begreiflich, daß alles Streben der Praktiker darauf ging, auszumitteln, was eine unheilbare Nichtigkeit ſey, ſtatt zu erwägen, ob denn die Reichsgeſetzgebung nicht vielmehr den Unterſchied ganz habe verbannen wollen. So erklärt es ſich auch,

---

14) S. in Gönner Handbuch III. Bd. Abh. 64 §. 4–7.
15) J. R. A. v. 1654 §. 121.

daß in den Landesgeſetzbüchern die größte Verſchiedenheit vorkömmt. Im ſächſiſchen Prozeß [16]) nennen die Geſetze nur beiſpielsweiſe die Nichtigkeiten, und rechnen dahin auch die Fälle falſcher Zeugniſſe und Dokumente ein Verfahren wider die Prozeßordnung, oder Entſcheidung wider klare Landesgeſetze oder unzweifelhafte Vorſchriften rezipirter Rechte.

In dem hanöveriſchen Prozeſſe [17]) werden auch Erkenntniſſe contra manifestissima jura oder ante legitimam causae cognitionem für unheilbar nichtig angeſehen. Von den älteren Prozeßordnungen hatte am kürzeſten die baieriſche [18]) ſich ausgeſprochen; ſie erkennt die unheilbare Sentenz nur ex defectu citationis oder jurisdictionis an; daraus folgt, daß auf keine ſogenannte nullitas contra jus in thesi in Baiern Rückſicht genommen werden könne, und die baieriſche Praxis hat ſehr umſichtig die geſetzlichen Worte ausgelegt. Die preußiſche Gerichtsordnung nimmt als Nullitätsgründe an 1) wenn [19]) ex falsa causa, 2) oder gegen ein klares im Landrechte oder in den beſtätigten Provinzialgeſetzbüchern enthaltenes Geſetz erkannt worden. 3) Wenn ein mit Jurisdiktion nicht verſehener Richter urtheilte. 4) Wenn ein ohne Vormund oder Curator vor Gericht zu handeln nicht befugte Parthei auftrat. 5) Wenn keine oder nichtige Vollmacht da war. 6) Wenn gegen jeman-

---

16) Sächſ. Erl. Proz. O. Tit. XXXVIII. §. 1. Altenburg. Proz. O. p. I. cap. 34 §. 1 Zuſatz VI. N.° 4. Kori Theor. des ſächſ. Proz. S. 318.

17) Oeſterlei hanov. Prozeß II. Thl. S. 395. Hagemann die Ordnung des k. Oberappellationsgerichts S. 88 89.

18) Cod. Jud. cap. 16 §. 2.

19) Gerichtsordn. Tit. XVI.

den, dem die erlaſſenen Citationen nicht inſinuirt wurden, in der Hauptſache in contumaciam erkannt worden. In einem ausgedehntern Umfange läßt die heſſiſche Praxis [20]) Nichtigkeitsklagen zu, und ein eigenes badiſches Geſetz [21]) begünſtigt dieſe Klagen ſo ſehr, daß Nichtigkeit auch dann eintritt, wenn in der Form des Verfahrens oder im Inhalte des Urtheils etwas geſchehen oder unterblieben iſt, das durch ausdrückliche Geſetzesvorſchrift oder durch Diktate der geſunden Vernunft zur gerechten Entſcheidung nothwendig erſcheint. Auch die neuen Geſetzgebungen (von der franzöſiſchen iſt abgeſondert bei dem Caſſationshofe zu handeln) zeichnen ſich bei dieſer Lehre nicht immer durch Beſtimmtheit und Zweckmäßigkeit aus. Die weimariſche Ober A. G. O. [22]) nimmt Nichtigkeitsbeſchwerde an, wenn 1) durch das Urtheil abſolut weſentliche Beſtandtheile des Prozeſſes verletzt worden, oder 2) gegen den klaren Buchſtaben ſpezieller Landesgeſetze, oder 3) gegen frühere öffentlich bekannt gemachte, nicht etwa ſeit dem durch landesherrliche Verordnungen unanwendbar gewordene praejudicia des Oberappellationsgerichts ſelbſt geſprochen worden; die Behauptung aber, daß gegen das jus commune geſprochen worden ſey, ſoll keine Nullitätsbeſchwerde begründen; die zerbſter Ober A. G. O. [23]) nimmt Nichtigkeit an, wenn gegen Inhalt eines Lan-

---

20) Kopp Handb. der heſſen-caſſel. R. VI. Thl. S. 266. Wagner Grundzüge der Gerichtsverfaſſung S. 187.

21) Nullitätenedikt v. 8. März 1804 Regierungsbl. v. 1804 N.° 16 und darüber v. Drais Geſch. der badiſchen Gerichtshöfe S. 128.

22) §. 24.

23) §. 21.

desgeſetzes geſprochen, wenn auf falſche Urkunden oder Zeugenausſagen geurtheilt worden, wenn in dem Verfahren abſolut weſentliche Beſtandtheile des Prozeſſes verletzt wurden. Die Oberapp. G. O. für die vier freien Städte [24]) erkennt die Beſchwerde nur als zuläſſig, wenn ſie auf weſentlichen Mangel in Hinſicht der Gerichtsperſonen oder Perſonen der Partheien oder des gerichtlichen Verfahrens ſich gründet. Die mecklenburgiſche [25]) Ober A. G. O. hat die Nichtigkeitsbeſchwerde gänzlich aufgehoben. Die bremiſche Gerichtsordnung beſchränkt die Nichtigkeitsbeſchwerde [26]) auf die Fälle, wenn ein weſentlicher Mangel in Hinſicht der Gerichtsperſonen, der Partheien oder des gerichtlichen Verfahrens ſich findet. Die naſſauiſche Prozeßordnung [27]) ſcheint die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen der Verletzung des juris in thesi aufzuheben, da ſie ausſpricht: daß es keinen Unterſchied mache, ob das Urtheil nach einer fälſchlich als Rechtsſatz angenommenen Vorausſetzung gefällt, oder ob dabei ein Rechtsſatz falſch angewendet wurde, da wegen beider Rechtsverletzungen lediglich die Appellation Statt finde. Die anhaltiſche Prozeßerläuterung [28]) gebietet, daß, wenn zwei übereinſtimmende Erkenntniſſe vorhanden wären, kein Rechtsmittel dagegen geſtattet werden ſoll, mit alleinigem Ausſchluſſe der Nullitätsquerel, wenn aus falſchen Gezeugniſſen geſprochen wäre. Das Geſetzbuch für den Canton

---

24) §. 16.
25) §. 39 u. v. Nettelbladt Rechtsſprüche S. 130.
26) §. 537.
27) §. 100.
28) Vom Auguſt 1822 zum Titel XV, §. 1.

Teſſin [29]) nimmt die Nullitätsquerel an, 1) wenn über Gegenſtände, um die nicht gebeten wurde, erkannt war, 2) oder mehr, als die Partheien verlangten, oder 3) wenn das nämliche Urtheil widerſprechende Entſcheidungen enthält. Das berniſche Geſetzbuch [30]) nennt ein Urtheil nichtig, wenn der unterliegenden Parthei der Termin zur Fällung deſſelben nicht bekannt gemacht worden, und ſie ſich dabei nicht eingefunden, oder wenn das Gericht die Streitfrage nicht nach den Schlüſſen der Partheien beurtheilt hat.

Vergleicht man dieſe verſchiedenen Beſtimmungen, ſo überzeugt man ſich leicht, daß die Landesgeſetzgebungen ſich von einer nicht zu rechtfertigenden Anſicht der Schriftſteller haben irreführen laſſen, nach welcher man glaubte, daß ungeachtet der Vorſchrift des jüngſten Reichsabſchieds alle Stellen des römiſchen Rechts, in welchen von Nichtigkeit der Urtheile geſprochen würde, noch anwendbar ſeyen, daß insbeſondere auch dann, wenn das Urtheil eine nullitas contra jus in thesi enthalte, eine dreißig Jahre lange dauernde Nichtigkeitsbeſchwerde gegönnt ſey [31]); man ging davon aus, daß ſchon ſeit der Praxis der geiſtlichen Gerichte der Unterſchied in nullitates sanabiles et insanabiles bekannt geweſen, von da in die Reichsgerichte übergegangen, daß der J. R. A. durch die Berufung auf die Diſpoſition der gemeinen Rechte die römiſchen Stellen in ihrer Anwendung beſtätigt, und an einen praktiſchen Unterſchied nur neue praktiſche Folgen geknüpft

---

29) Codice di procedura civile libr. IV. tit. II. art. 414—17.

30) Geſetzbuch über das gerichtl. Verfahren Art. 327.

31) Mit Anwendung der l. 32 D. de re judic. l. 19 D. de appell. l. 1 §. 2 D. l. 2. Cod. quae sent. sine appell.

habe [32]), oder daß, wie andere [33]) meinten, der jüngſte R. A. nichts verordnet habe, was nicht ſchon zuvor längſt im römiſchen Rechtsſyſteme gegründet geweſen. Man vergaß bei dieſen Deduktionen, daß Alles nur auf die Beantwortung der Frage ankomme: ob nach den Worten und nach dem Geiſte der Reichsgeſetze auch eine angeblich wegen Verletzung des juris in thesi, alſo im Inhalte des Erkenntniſſes vorhandene Nullität eine unheilbare in dem Sinne ſey, daß Nullitätsklage Statt finden dürfe. Ohne noch die praktiſchen Folgen einer ſolchen Anſicht zu erwägen, ſey es erlaubt, der Entſtehung der Vorſchrift des J. R. A. zu folgen. Wenn auch im Mittelalter bereits der Unterſchied von nullitas sanabilis und insanabilis behauptet wurde, ſo ergiebt ſich doch aus Vergleichung der Praktiker unter ſich, daß ſie weder über die Auslegung noch über die Folgen der Unterſcheidung unter ſich einig waren; eben ſo wenig findet man bei den Praktikern des XVI. Jahrhunderts eine Uebereinſtimmung, und daß der Unterſchied in die Reichsgeſetze nicht übergegangen iſt, beweiſet die ſchon oben erwähnte Kammergerichtso. v. 1555 [34]). Daß nach der älteren Sprache: öffentlich ſo viel als offenbar, und möchte ſo viel als könnte, bedeute, bedarf wohl keines Beweiſes; daß aber nach der Kammer. G. O. die entſcheidende Rückſicht immer die ſeyn ſollte, ob die an-

32) So urtheilt Goldſchmidt Abhandl. S. 119.

33) S. z. B. Klüpfel über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 184.

34) Thl. III. Tit. 34 §. 2 verbis: es wäre denn eine Sach, wo ſich aus den actis der erſten Inſtanz eine öffentliche Nullität befünde, welche in anderer Inſtanz nicht ratifizirt werden möcht.

gebliche Nullität in höherer Inſtanz ratifizirt und geheilt werden kann, wurde weniger beachtet; die Redaktoren der Kammerg. O. giengen weiſe davon aus: es giebt Nullitäten, welche auch durch Ergreifung von Rechtsmitteln und daher durch die Einwirkung der höheren Inſtanz nicht gehoben werden können, weil die Nichtigkeit in ſolchen Punkten liegt, welche die weſentlichen Bedingungen eines rechtsbeſtändigen Verfahrens ſind, z. B. daß die rechten Partheien ſtritten, daß die Anwälte bevollmächtigt waren; fehlt es an einer ſolchen Bedingung, ſo iſt freilich das Urtheil nichtig, weil es auf eine nichtige Grundlage ſich ſtützt, auch kann Appellation und ein neues Urtheil höherer Inſtanz nichts helfen, d. h. durch einen bloßen Akt der richterlichen Reflexion in oberer Inſtanz läßt ſich die Nichtigkeit nicht heilen, weil in erſter Inſtanz, d. h. im Verfahren ſelbſt und in den Bedingungen deſſelben ein Mangel iſt, und der obere Richter zuerſt das erſte Urtheil als ein nichtiges aufheben und ein neues Verfahren anordnen muß. In dieſem Sinne hätte eine Nichtigkeit wegen der Verletzung des juris in theti, alſo im Inhalte des Urtheils nicht die Nullitätsquerel begründen können, weil die Nullität nicht in Actis der erſten Inſtanz, d. h. im Verfahren lag, weil durch die Appellation und die hierauf eintretende richterliche Reflexion die Rechtsverletzung leicht gehoben werden konnte, ohne daß es ein neues Verfahren bedurfte. — Dieſe Anſicht ſchwebte auch den Redaktoren des jüngſten Reichsabſchieds vor, bei welchem die Berathungen vorzüglich deswegen verwickelt waren, weil man durch Aufſtellung von Unterſcheidungen helfen zu können glaubte und ſich herumſtritt, was substantiale ſey. Bemerkt man aber, daß kathegoriſch der J. R. A. in §. 121 vorerſt die Unterſcheidungen von sententia in

justa et nulla aufhebt, das fatale von zehn Tagen vorſchreibt, d. h. erklärt, daß auch die ſogenannten nullitates innerhalb dieſer Zeit angebracht werden müßten, macht er in §. 122 nur die Ausnahme, daß es bei den Nullitäten, die insanabilem defectum ex persona partium, oder judicis, oder ex substantialibus processus nach ſich ziehen, bei der Diſpoſition der gemeinen Rechte bleibe, d. h. daß innerhalb dreißig Jahren die Nullitätsquerel zuläſſig ſey, ſo überzeugt man ſich leicht, daß nicht im Ganzen das gemeine Recht mit allen Stellen, die von Nichtigkeit handeln, beſtätigt iſt, ſondern nur in Anſehung derjenigen Nullitäten, die in eine der drei Klaſſen gehörten; eben ſo wenig ſtellt der J. R. A. den Unterſchied von nullitas sanabilis et insanabilis im bisherigen Sinne auf; die Berathungen zeigen vielmehr, daß man ſich endlich überzeugte, daß mit den Unterſcheidungen nichts bewirkt werden könne, daher auch der Unterſchied von sent. nulla et injusta aufgehoben wurde; die Worte: insanabilem defectum ſind aber ganz im Sinne der Kammergerichtsordnung von 1555 zu nehmen, in ſo ferne manche Nullitäten wirklich einen unheilbaren Mangel, d. h. auf die Möglichkeit durch Appellation und neues Urtheil abzuhelfen bezogen — enthalten, ſobald der Mangel im Verfahren und ſeinen Grundbeſtandtheilen liegt. Es iſt eine nicht zu rechtfertigende Verdrehung, wenn man in den Worten: ex substantialibus processus, etwas anderes als weſentliche Beſtandtheile des Verfahrens verſtehen, und ſogar nullitas contra jus in thesi im J. R. A. beſtätigt ſehen will, während weder die Worte darauf paſſen, noch die Anſicht der früheren Kammerg. O. noch der Geiſt und die Abſicht des Geſetzgebers einer ſolchen Auslegung zur Seite ſteht.

Frägt man nun, ob durch eine ſolche beſchränkende Erklärung der Reichsgeſetze nicht offenbare Rechtsverletzungen begünſtigt und den ſchwer gekränkten Partheien nothwendige Rechtsmittel abgeſchnitten werden, ſo hängt die Frage mit der zuſammen: ob überhaupt eine neue Geſetzgebung wegen der nullitas contra jus in thesi, daher wegen Nichtigkeiten im Inhalte des Erkenntniſſes eine Nichtigkeitsbeſchwerde geſtatten, oder lieber ausſprechen ſoll, daß auch die Beſchwerden wegen ſolcher Verletzungen auf dem Wege der Appellation angebracht werden müſſen. Indem wir das letzte vertheidigen, bedarf es nur der Vorbemerkung, daß ohnehin in einigen Fällen, welche man hieher rechnet, die Nullitätsquerel nicht praktiſch ſeyn kann, z. B. wenn das Urtheil keine beſtimmte Abſolution oder Condemnation enthält, oder überhaupt dunkel und unverſtändlich iſt [35]), oder wenn das Urtheil mit einem ſchon rechtskräftigen klaren Beſcheide im Widerſpruche ſteht [36]), oder wenn das Urtheil auf ſpäter als falſch nachzuweiſende Beweiſe gebaut iſt [37]). Im letzten Falle tritt ohnehin die Reſtitution ein, im zweiten vernichtet die Einrede der Rechtskraft des erſten Urtheils die Vollſtreckung des zweiten, und im erſten Falle kann es nie zu einer Vollſtreckung kommen. Grundſatz aber muß ſeyn: daß wegen des Materiellen in der Entſcheidung keine Nichtigkeitsklage geſtattet werden darf; denn 1) ſobald dieſe zugelaſſen wird, ſteht keine Rechtskraft eines Urtheils dreißig Jahre lang ſicher

---

35) L. 3 Cod. de sent. quae sine certa quant. L. 2. 3. D. quae sent. sine appell.

36) L. 1 Cod. quando provoc. non est necess. L. 6 D. de exc. rei judic.

37) L. 11 D. de exc. et praescr. l. 33 D. de re jud.

und unangefochten; betrachtet man den Zuſtand des gemeinen Rechts, erwägt man, daß dies Recht in einer dem Volke und den ſtreitenden Theilen nicht zugänglichen Sprache geſchrieben, in einem Haufen bunt durcheinander liegender Fragmente beſteht, über deren Zuſammenhang und Auslegung beſtändiger Streit iſt, betrachtet man die Berge von Landesgeſetzen, berückſichtigt man die ungeheuern Fortſchritte, welche ſeit zwanzig Jahren das Studium des Civilrechts durch die Anwendung einer richtigen Methode, durch hiſtoriſche Entwickelung der Rechtsquellen, durch Auffindung neuer Quellen gemacht hat, wirft man einen Blick auf die drei Elemente, aus welchen dies gemeine Recht beſteht, und auf die Streitigkeiten über das Verhältniß der Quellen unter ſich, ſo möchte es nicht ſchwer ſeyn, die Hälfte aller Urtheile, die vor zwanzig Jahren gefällt worden ſind, vorzüglich in Gegenſtänden, die erſt durch neue Bearbeitungen Licht gewonnen haben, umzuſtoßen, und ihre materielle Richtigkeit nach dem Zuſtande unſerer jetzigen Rechtsbildung zu zeigen. Glaube man auch nicht, daß ein ſolcher Zuſtand nur in Ländern eintreten könne, welche noch gemeines Recht kennen. Es hat die Erfahrung erwieſen, daß zwar in andern Ländern, welche von einer neuen ſelbſtſtändigen Geſetzgebung beherrſcht werden, der chaotiſche Zuſtand weniger fühlbar iſt, aber nirgends fehlt es an zahlloſen Controverſen, vergebens ſucht man für alle möglichen Fälle in einem Geſetzbuche die erſchöpfende Beſtimmung; auch in Ländern, wo baieriſches, preußiſches oder franzöſiſches Recht gilt, finden die widerſprechendſten Anſichten der Gerichtshöfe über die Auslegung einzelner Artikel Statt, und das nothwendige Geſetz der Fortbildung des Rechts übt ſeine Herrſchaft auch da aus, wo neue Geſetzgebungen

gelten, ſo daß manche Anſichten, z. B. in deutſchen Territorien, die nach dem Code Napoléon leben, jetzt als völlig richtig und ausgemacht gelten, deren Gegentheil noch vor zehn Jahren allgemein gelehrt und von den Gerichtshöfen ausgeſprochen wurde. Was ſoll bei dieſer nothwendigen Fortbildung aus der Rechtskraft der Urtheile werden, wenn dreißig Jahre lang die Parthei geſtützt auf die neue jetzt als richtig anerkannte Auslegung eines Geſetzes mit der Behauptung auftreten kann, daß das nach der damals herrſchenden Theorie gefällte Urtheil unheilbar nichtig ſey [38]. 2) Auch die Verſuche neuer Geſetzgebungen, dieſen Nullitätsgrund zu beſchränken, z. B. daß nur dann Nullitätsquerel Statt finde, wenn gegen den klaren Buchſtaben klarer Landesgeſetze geurtheilt worden, führen nicht beſſer zum Ziele, ſobald man erwägt, daß in vielen deutſchen Staaten die Landesgeſetze gar nicht geſammelt ſind, und nicht vollſtändig erkannt werden können [39]), daß in dieſen Geſetzgebungen die Mandate und Reſkripte vom XVI. Jahrhundert noch neben den Verordnungen ſeit drei Jahrhunderten fortbeſtehen und zu Bergen ſich aufgethürmt haben, wenn man erwägt, daß es Länder giebt, in welchen Landrechte gelten, welche gar nicht publizirt worden ſind [40]), daß

38) Gönner Motive zum Entwurfe S. 866. Sibeth Kritik des gemeinen und Meklenburg. Prozeſſes 2. Abthl. S. 61.

39) In Bezug auf die ſächſiſchen Herzogthümer hat Kori in einer kleinen Schrift: Ueber die Nothwendigkeit ſich in den einheimiſchen Rechten auszubilden. Jena 1822 nachgewieſen, welche höchſt verſchiedenartige Rechtsquellen gelten, wie noch bei vielen Streit über ihre Gültigkeit iſt, und wie ſchwierig ſie nur zu erhalten ſind.

40) Z. B. in Heſſen in der Provinz Starkenburg gilt ein Landrecht (das der oberen Grafſchaft Katzenellenbogen aus

überall die älteren deutſchen Landesgeſetze gar nicht auf Vollſtändigkeit Anſpruch machen, vielmehr entweder aus dem gemeinen Rechte oder aus dem deutſchen Privatrechte zu interprätiren ſind, ſo daß alle Controverſen dieſer Rechtstheile auch in die Landesgeſetzgebungen gewöhnlich übergegangen ſind. Der Beiſatz aber: gegen den klaren Buchſtaben iſt um nichts aufklärender, da die wahre logiſche Auslegung von der grammatiſchen nicht getrennt werden kann, und der Ausdruck ſelbſt ſo ſchwankend iſt, daß es den Anwälten nicht ſchwer werden kann, ihn am günſtigſten für ſich auszulegen. Die Geſtattung der Nullitätsquerel aber ſo nach der weimariſchen Ober A. O. wenn das Urtheil gegen frühere öffentlich bekannt gemachte Präjudizien des Ober A. G. anſtößt, iſt deswegen unpaſſend, weil die Bildung ſolcher Präjudizien oft von zufälligen Umſtänden abhangen [41]), die nicht auf ein Geſetz einwirken ſollen, weil dadurch den Obergerichten eine wahre geſetzgebende Gewalt beigelegt würde, und alle Fortbildung des Rechts, alle Entwicklung eines beſſeren Geiſtes der Rechtspflege gewaltſam gehemmt würde [42]). 3) Man überzeugt ſich auch leicht,

---

dem XVI. Jahrhundert) welches nie als Geſetz publizirt worden iſt, auch nicht gedruckt war, bis 1795 ein Buchdrucker aus Privatſpekulation daſſelbe abdrucken ließ. — Und doch werden darnach die Prozeſſe entſchieden.

41) Dem Verf. iſt der Fall bekannt, daß bei einem Oberappellationsgerichte, an dem nämlichen Tage in einem Senate in einem Prozeſſe die Frage: ob extra casum evictionis die litis denuntiation nothwendig ſey, bejahend und im zweiten Senate in einem anderen Prozeſſe verneinend entſchieden wurde.

42) S. auch Bornemann Beitr. zur Verbeſſerung des Appellat. Verfahrens S. 71.

daß alle Verletzungen der Geſetze im Urtheilen nur die Appellation begründen können, theils weil die beſchwerte Parthei ſogleich nach der Bekanntmachung des Urtheils den Fehler erkennen und ihn nachweiſen kann, daher als verzichtend gilt, wenn ſie dies unterläßt, theils weil der obere Richter durch ſeine bloße Reflexion und durch ein neues Urtheil nachhelfen kann, theils weil bei genauer Betrachtung der Fälle bei jeder Appellation eine Beſchwerde vorliegt, daß der vorige Richter das Geſetz verletzt habe, und ſelbſt, z. B. in dem Falle, wenn die Parthei behauptet, daß das Gericht ihren Beweis nicht genug gewürdigt habe, die Beſchwerde darin liegt, daß das Gericht gegen die geſetzlichen Beweisregeln verſtoßen habe; darin aber, ob das Urtheil nur mittelbar oder unmittelbar eine Geſetzwidrigkeit enthalte, ob die Verletzung offenbar ſey oder nicht, kann kein Unterſchied liegen. 4) Geſtattet man dieſe Nullitätsklage, ſo iſt auch, wie Reibnitz[43]) richtig bemerkt, nur von einer Unterlaſſung die Rede, an welcher die Parthei, welche das Geſetz nicht für ſich anführte, ebenſoviel Schuld hat als der Richter, der in dem Augenblicke nicht an das Geſetz gedacht hat, und die Schuld der Parthei iſt um ſo größer, als ſie durch die geſtatteten ordentlichen Rechtsmittel immer noch Gelegenheit gehabt hätte, auf die Rechtsgründe ſich zu berufen, die ſie ebenſowohl früher hätte kennen lernen können, als ſie jetzt ſich darauf beruft. 5) Erwägt man noch, daß bei jedem Urtheile es nur auf Reflexion des Richters ankömmt, daß Meinungen ſehr ſchwer bekämpft werden können, berückſichtigt man die Folgen, welche eintre-

43) Verſuch eines Ideals der Gerichtso. I. Thl. S. 262.

ten, wenn man Nichtigkeitsklagen zuläßt, ſo kömmt die Geſetzgebung zu manchen neuen Schwierigkeiten; wie ſoll es z. B. gehalten werden, wenn, wie dies in Frankreich oft geſchieht, das Gericht, ungeachtet des neuen Geſetzes, worauf die Parthei ſich beruft, oder ſelbſt der Caſſation des vorigen Urtheils ungeachtet, bei der vorigen Meinung bleibt? an welches Gericht ſoll die Nullitätsklage gelangen? nach menſchlichen Verhältniſſen iſt nicht zu glauben, daß das vorige Gericht ſo leicht durch die Parthei ſich belehren und ausſprechen wird, daß es früher geirrt habe. 6) Will man die Ausnahme machen [44]), daß Urtheile dann nichtig werden müßten, wenn gegen das öffentliche Intereſſe geurtheilt worden iſt, wenn z. B. die Partheien ſich über einen politiſchen Gegenſtand in Streit einließen, z. B. Staatsbeamte, wegen Amtshandlungen, oder in Eheſachen quoad vinculum, ſo kann es richtiger doch auf dieſe Ausnahmen nicht ankommen, da in dem Falle z. B. des Staatsbeamten die Nichtigkeit nicht im Inhalte des Urtheils, ſondern darin liegt, daß der Beamte nicht zur Sache legitimirt ſeyn konnte, und in anderen Fällen, wo z. B. politiſche Geſichtspunkte vorkommen, das Urtheil in Bezug auf die Parthei, die das Urtheil rechtskräftig werden ließ, gültig ſeyn kann, während der Staatsgewalt ihre Rechte dadurch nicht verletzt werden können, oder in anderen Fällen ſelbſt aus dem Geſichtspunkte der Incompetenz des Gerichts Nullität anzunehmen ſeyn würde.

Nach dem Ausgeführten ſoll die Nichtigkeitsbeſchwerde nur Statt finden wegen Nullitäten im Ver-

---

44) S. Pratobevera in den Materialien VI. Thl. S. 200.

fahren und wegen Mangels jener geſetzlichen Vorbedingungen, ohne welche über Materie des Streits gültig gar nicht entſchieden werden kann. Die Vorſchrift des jüngſten Reichsabſchieds giebt ein gutes Vorbild. In die Claſſe der Nichtigkeiten, die ex persona partium entſtehen, gehören die Fälle, in welchen eine Parthei, welche gar nicht zu ſtreiten befugt iſt, auftritt, wenn ein Mangel in der Legitimation zur Sache war, wenn der Anwalt keine Vollmacht hatte. Nichtigkeiten ex persona judicis werden vorhanden ſeyn, ſo oft eine überhaupt nicht zum Richteramt berufene Perſon entſcheidet, oder eine auch durch Prorogation nicht heilbare Incompetenz da iſt, oder es an der nöthigen geſetzlichen Richterzahl fehlt, oder ungeachtet der gegründeten Perhorreſcenz ein verdächtiger Richter, z. B. ein eximirtes Spruchcollegium entſchied. Nur in Anſehung der Nichtigkeiten, die ex substantialibus processus entſtehen, iſt der reichsgeſetzliche Ausdruck nicht beſtimmt genug; viel zweckmäßiger möchte es ſeyn, wenn hier die Geſetzgebung ausſprechen würde, daß die Beſchwerde wegen des Mangels ſolcher Vorſchriften eintrete, welche das Geſetz unter Strafe der Nichtigkeit geboten hat; z. B. daß in jedem Falle der Beklagte vorgeladen werde, daß der Produkt gegen Beweisartikel ſeine Fragſtücke einreiche u. a. (vorausgeſetzt, daß die Geſetzgebung dieſe Förmlichkeit zur abſolut weſentlichen machen will). Hier würde eine ſpezielle Angabe der Fälle nothwendig werden, damit nicht wegen der Unbeſtimmtheit und Allgemeinheit des Ausdrucks die Chicane ein Mittel finde, die Sicherheit des Rechts und das Anſehen der Rechtskraft zu bedrohen.

Der dreißigjährige Zeitraum für die Anbringung der Beſchwerde ſcheint aber zu lange zu ſeyn, da in

der Regel die Partheien Nichtigkeiten, wie ſie das Rechtsmittel allein begründen dürfen, wohl ſchon früher erfahren, und Fälle, in welchen die Partheien ſpäter erſt den Fehler erfahren, zu ſelten ſind, als daß die Geſetzgebung darauf bauen dürfte.

---

§. V.

Franzöſiſcher Caſſationshof.

Eine eigenthümliche Anſicht von der Heilung der Nichtigkeiten hat ſich im franzöſiſchen Prozeſſe durch die Einrichtung des Caſſationshofes ausgebildet, der nicht als eine neue Revolutionsſchöpfung betrachtet werden kann, ſondern bereits mit Anſichten und Einrichtungen der früheren Jurisprudenz zuſammenhängt. Nach dem Zeugniſſe der franzöſiſchen Geſchichte bildeten ſich in Frankreich immer die Gegenſätze der königlichen und der richterlichen Gewalt viel ſchärfer und ſchreiender aus, als dies je in Deutſchland wegen der Reichsverfaſſung und der Reichsgerichte der Fall ſeyn konnte. Von dem Momente an als gegen die gutsherrlichen Gerichte die Parlamente als ſtändige Gerichtshöfe ſich entwickelt hatten [1]), ſuchte dieſer aus

1) Das Parlament (parliamentum) kömmt zwar ſchon 1238 in Frankreich und faſt zur nämlichen Zeit in England und Holland vor. Nach Velly trefflichem Werke: histoire de France tom. III. p. 119 kommt parlament ſchon 1146 vor, allein nicht als Gerichtshof. — Schon v. 1254 kommen regelmäßige Protokolle vor. Hallamm geſch. Darſt. des Zuſtandes von Europa I. Thl. S. 238. Seit Philipp

dem angeſehenſten Adel und den ausgezeichneten Rechtsgelehrten beſtehende Gerichtshof ſeine Macht zu erweitern, und ſtand nicht ſelten als eine ehrwürdige Schutzwehr der Freiheit gegen die Uebergewalt der Regenten da, während die Könige der ſteigenden Macht der Parlamente entgegenzuwirken, und ſeine Gewalt durch ein ihm ergebenes aus dem alten Oberhofe hervorgegangenes Conseil zu behaupten ſuchte; daraus entwickelte ſich ein unter dem Namen Conseil du roi als eine Art von Staatsrath bekanntes Collegium, das in den wichtigſten Angelegenheiten mit dem Könige berieth, und wovon eine Section, als Conseil privé oder Conseil des parties auch in Rechtsangelegenheiten eine doppelte Gewalt ausübte, theils über Competenzconflikte der Parlamente zu entſcheiden, theils Urtheile der Parlamente zu caſſiren, ohne jedoch in der Sache ſelbſt zu ſprechen [2]. Zwar hatten die Parlamente es nicht fehlen laſſen, oft kräftig gegen dies nicht ſelten gemißbrauchte letzte Recht zu proteſtiren [3], allein vergebens, da ſchon in der frühern franzöſiſchen Jurisprudenz [4] der Satz galt: daß

---

dem Schönen war das Parlament ein ordentlicher, ſeit 1302 mit beſtimmter Verfaſſung verſehener ſtändiger Gerichtshof ſ. überh. Boullainvilliers histoire de l'ancien gouvernement tom. II. p. 29. Mémoire de l'académie des inscriptions tom. XXX. p. 600. Mignet de la féadalité et des institutions de St. Louis liv. II. chap. V. Bernardi de l'origine et des progrès de la législation françoise p. 234. 330. Meyer esprit origine vol. III. p. 148.

2) Meyer esprit origine vol. III. p. 218.

3) S. vorzüglich Henrion de Pansey de l'autorité judiciaire cap. XVI. p. 285.

4) S. Merlin repertoire universel unter dem Worte: nullité §. VII.

wegen unrichtiger Urtheile keine Nichtigkeitsbeſchwerde zuläſſig ſey, und nur requête civile galt, oder als veranlaßt durch römiſche Suplikation der Beſchwerte an den König ſelbſt ſich wenden mußte, und die Ordonance de Blois [5]) ſowohl, als die von 1667 [6]) den Grundſatz beſtätigten. Ein Reglement von 1738 [7]) hatte auch umſtändlich das Verfahren bei Caſſationsgeſuchen für das Conseil des parties vorgeſchrieben. — Auf dieſe Art ſtand die Revolutionsgeſetzgebung das zur Vernichtung der Urtheile beſtimmte Inſtitut vor; es mußte nach der Umwälzung der Dinge die Idee, welche dem Staatsrathe anklebte, aufhören, und ſo wurde 1790 [8]) von der Nationalverſammlung bei dem geſetzgebenden Körper ein Caſſationshof errichtet, um über Caſſationsgeſuche zu ſprechen, Competenzconflikte zu reguliren, und über Syndikatsklagen zu erkennen; und zwar ſollte der Caſſationshof jedes Urtheil, in welchem ſich eine ausdrückliche Verletzung einer klaren geſetzlichen Vorſchrift vorfände, ſo wie jedes Verfahren vernichten, in welchem vorgeſchriebene Formen verletzt ſind; unter keinem Vorwande ſollte jedoch das Caſſationsgericht in der Sache und über die Streitigkeit ſelbſt entſcheiden können [9]). Spätere Geſetze bil-

5) Ordonance v. 1570 art. 92. 208.
6) Ordon. v. 1667. tit. 35. art. 32. 42.
7) Regl. v. 28. Juni 1738 in Bornier conférence des ordonances de Louis XIV. tom. II. p. 825 etc.
8) Geſetz v. 1. Dez. 1790.
9) S. über den Caſſationsh. überhaupt von Werken aus der früheren Zeit die von Lavaux und Guichard am beſten aber Sirey de la cour de cassation in ſeinem Code de procédure civ. annoté p. LIX. bis XCVIII. und eine gute Zuſammenſtellung in E. v. B. (Breuning) über die Caſſationsinſtanz und das Rechtsmittel der Caſſation in der Geſetzg. der Rheinlande. Coblenz 1820.

deten das Verfahren noch mehr aus [10]), und bildeten den Caſſationshof als ein eigenes von dem geſetzgebenden Körper getrenntes Gericht, während auf der anderen Seite die Caſſationsgeſuche dadurch beſchränkt wurden, daß das Geſetz vom 20. April 1810, art. 7, die Urtheilsſprüche nur dann als nichtig erklärte, wenn ſie eine ausdrückliche Zuwiderhandlung gegen das Geſetz enthielten, und der Code art. 480, bei Verlezzung der unter Strafe der Nichtigkeit vorgeſchriebenen Formen des Verfahrens requête civile eintreten ließ. Dieſer Caſſationshof beſteht nur aus drei Sectionen, wovon die eine in Civil-, die andere in Criminalſachen caſſirt und die dritte (Section des requêtes) über die Admiſſion Caſſation überhaupt entſcheidet. Jeder Caſſationskläger, der eine Summe von 150 Franken voraus erlegen muß, kann binnen drei Monaten eine mit allen moyens de cassation verſehene Bittſchrift einreichen, welche zuerſt von der Section des requêtes geprüft wird, zur Entſcheidung der Frage: ob überhaupt (wie einſt bei den Reichsgerichten über die Appellationsprozeſſe erkannt wurde) der Kläger zur Ausführung der Caſſation zugelaſſen werden dürfe; wird die Caſſation hier verworfen, ſo iſt das Urtheil unumſtößlich, wird ſie zuläſſig erkannt, ſo erfolgt erſt die Vorladung des Gegners, jeder Theil reicht ſeine ſchriftlichen Deduktionen ein, und an dem beſtimmten Tage der öffentlichen Sitzung erſtattet ein Richter öffentlich Vortrag über die Sache, worauf die Partheien plädiren können und die Staatsbehörde concludirt. Wird das Urtheil caſſirt, ſo ſpricht der Hof nie in der Hauptſache ſelbſt, ſondern

---

10) S. Geſ. v. 4. Germinal an II. v. 2. Brumaire Jahr IV. 7. Nivose J. V. v. 27. Ventose VIII. v. 16. September 1807 und Dekret v. 20. April 1810 Art. 7.

verweiſet die Sache zur neuen Entſcheidung zurück. Auch kennt das Geſetz eine Caſſation im Intereſſe des Geſetzes, nach welcher die Staatsbehörde, auch im Falle, daß die Partheien nicht Caſſation ergriffen, das Urtheil, von welchem er glaubt, daß es gegen das klare Geſetz verſtoße, dem Caſſationshofe anzeigt, wo dann verhandelt und das Urtheil im Intereſſe des Geſetzes caſſirt wird, ohne daß jedoch die Partheien ſich auf die Caſſation beziehen könnten, weil das vorige Urtheil unter ihnen als ein Vergleich gilt [11]. Eine bedeutende Veränderung in der Organiſation des Caſſationshofes ging aber in den Ländern vor, welche, früher unter Frankreich ſtehend, nach dem letzten Kriege an deutſche Herrſcher gefallen ſind. Die Unmöglichkeit bei der geringen Ausdehnung mancher Territorien einen eigenen franzöſiſchen Caſſationshof zu errichten, der Umſtand, daß in manchen Ländern nur ein Appellationshof vorhanden war, ſo daß, wenn auch das vorige Urtheil caſſirt wurde, man kein anderes Gericht hatte, an welches zur neuen Entſcheidung die Sache zu verweiſen war, nöthigte zu einer anderen Organiſation, welche am Nieder- und Mittelrhein 1814 [12]) erfolgte. In einigen Gegenden, z. B. in Rheinpreußen wurde ſpäter ein Appellationshof und in Berlin ein Caſſations- und Reviſionshof errichtet, mit der Befugniß, das Urtheil zu caſſiren und zugleich in der Hauptſache ſelbſt zu ſprechen; in anderen Gegenden, z. B. in Rheinbaiern wurde der Caſſationshof mit dem Appellationshofe in der Art verbunden,

---

11) S. Art. 25 des Geſ. v. 1. Dez. 1790.

12) Vero. v. 28. April 1814 und 20. Juli 1814 ſ. Breuning oben angeſ. Schrift: über die Caſſationsinſtanz S. 112.

daß an eine andere (nicht aus den Richtern, welche bei dem erſten Urtheile mitſtimmten, beſtehende) Abtheilung des Appellhofes, wozu auch die Präſidenten der Tribunale der erſten Inſtanz requirirt wurden, das Caſſationsgeſuch gelangte, worauf, ohne daß es erſt eines Vorbeſcheides bedarf, das Urtheil caſſirt und in der Hauptſache geſprochen werden kann, ſo daß kein eigentlicher Caſſations- ſondern nur ein Reviſionshof vorkömmt.

Mit Unrecht würde man den franzöſiſchen Caſſationshof als eine dritte Inſtanz betrachten, die er ſchon deswegen nicht ſeyn kann, weil er nie in der Hauptſache ſelbſt ſpricht, ſondern nur die Urtheile caſſirt, obwohl in ſeinen Entſcheidungsgründen das neue zu fällende Urtheil implicite liegt, und dem neuen Gerichte der wahre Geſichtspunkt ſchon angegeben wird. Nur auf dieſen urſprünglichen Caſſationshof muß Rückſicht genommen werden, wenn die Frage entſtehen ſoll: ob der Caſſationshof auch in die deutſche Jurisprudenz übergetragen werden ſoll.

Es iſt nicht zu verkennen, daß der Caſſationshof wie in Paris beſteht, zu den achtungswürdigſten Gerichtshöfen gehört, und kein Juriſt wird ohne Achtung die Sammlung der Arrêts ſtudiren; die geiſtreichen in einer höchſt präziſen und doch deutlichen Sprache vorgetragenen Rechtsanſichten, die Feinheit der Entſcheidungen, das tiefe Eindringen in den Geiſt der Geſetzgebung begründen eine herrliche Schule der Jurisprudenz für Richter und Anwälte, und eine lebendige Fortbildung des Rechts, und man würde ungerecht ſeyn, wenn man läugnen wollte, daß die Ausbildung mancher Lehren des franzöſiſchen Rechts nicht dem Code ſondern dem Caſſationshofe zu verdanken iſt. Nur durch dieſen Gerichtshof iſt die Gleichför-

migkeit der Geſetzgebung und die Vermeidung der verſchiedenartigen Auslegungen des nämlichen Geſetzes möglich, und es iſt eine große für die Praxis fruchtbare Idee, daß in Bordeaux wie in Metz und Strasburg die nämliche feſte Rechtsanſicht begründet iſt, wodurch allein die aus dem Schwanken des Rechts entſtehenden Nachtheile vermieden werden können. Auch iſt unverkennbar nur durch den Caſſationshof es möglich geworden, dem Einfluſſe zu begegnen, welchen auch bei jeder neuen allgemeinen Geſetzgebung die Lokalgewohnheiten und früheren Provinzialanſichten auf die Anwendung des neuen Geſetzes ausüben, ſo daß bald in jeder Provinz zwar dem Namen nach das nämliche, aber durch die Auslegung und Praxis der Gerichtshöfe überall eigenthümliches Geſetz gilt. Auch wird unbezweifelt der Caſſationshof wohlthätig auf die Geſetzgebung zurückwirken, die letztere in den Stand ſetzen, mit den Gebrechen der Geſetze bekannt zu werden, und Mittel zur Verbeſſerung aufzufinden [13]). Mit Unrecht endlich glaubt man durch die Verwandlung des Caſſationshofes in einen Reviſionshof eine Verbeſſerung zu bewirken; denn durch dieſe Veränderung werden zwei von einander völlig verſchiedene Geſchäfte in Verbindung gebracht [14]) indem bei dem Caſſationshofe es nur auf das Intereſſe des Geſetzes und die Aufrechthaltung deſſelben ankömmt, welches vom Caſſationshofe mehr negativ als poſitiv in ſo fern gewahrt wird, als der Hof nur ausſpricht, daß das Urtheil nicht den Geſetzen gemäß ſey. Wird aber in der Sache ſelbſt geſprochen, ſo tritt nur mehr

---

13) Der neueſte Lobredner des Caſſationshofes iſt Meyer esprit origine etc. vol. V. p. 416—26.

14) Breuning a. a. O. S. 43.

das Intereſſe der verletzten Parthei hervor, und der Caſſationshof wird eine gewöhnliche höhere Inſtanz, welche nicht einmal alle Vortheile einer ſolchen hat, indem ſie die Verhandlungen der Partheien beſchränkt, und nur durch einen Sprung gleichſam im Anhange zum Urtheile über die Hauptſache kömmt, da nach der ganzen Einrichtung der Punkt: ob das Geſetz verletzt iſt, und die Deduktion der moyens der Caſſation der Hauptpunkt der Verhandlung bleibt und daher die Caſſationsrichter über die Hauptſache oft nicht einmal hinreichend inſtruirt ſind.

Ungeachtet der bisher angeführten Gründe für ein Gericht, welches nur über die Verletzungen des Geſetzes zu wachen hat, dürften doch nachſtehende Erwägungsgründe der Errichtung eines ſolchen Gerichtes entgegenſtehen.

1. Unfehlbar kann das Caſſationsmittel nur in einem Lande am Platze ſeyn, welches von einer allgemeinen gleichförmigen Geſetzgebung beherrſcht iſt, wo daher ein Vereinigungspunkt der Geſetzgebung möglich und vortheilhaft wirkt; wo den Caſſationsrichtern immer das nämliche Geſetz vorliegt, in deſſen Geiſt ihnen einzudringen nicht ſchwer wird, und wo der Geſetzgebung daran liegt, der Verſchiedenheit der Geſetze entgegen zu arbeiten, welche wegen des Einfluſſes der ältern Rechtsanſichten, und des Statutarrechts unvermerkt in jeder Provinz entſteht, weil die Provinzialgerichtshöfe ſich nicht von der Herrſchaft des älteren Rechts ganz losmachen können. Wenn dagegen in einem Staate, wie in den meiſten Gegenden Deutſchlands noch der Fall iſt, in jeder Provinz ein eigenes Statutarrecht, oder doch theilweiſe neben dem neuen Geſetzbuche fortgilt, iſt ein Caſſationshof ohne Bedeutung; denn die Nothwendigkeit eines ſolchen Ver-

einigungspunkt des Rechts fällt weg, weil kein gleichförmiges Recht da war, und die Caſſationsrichter ſelbſt ſind nicht im Stande ihr Amt völlig zu erfüllen, weil ihnen die häufig nur aus Kenntniß der Lokalität verſtändlichen Eigenthümlichkeiten des Statutarrechts nicht bekannt ſind, und ſie daher Gefahr laufen, etwas von ihrem mehr räſonirenden Standpunkte aus als Geſetzesverletzung zu betrachten, was nach der richtigen hiſtoriſchen Kenntniß dem mit der Entwickelung des Lokalrechts vertrauten Richter völlig im Geiſte des Statutarrechts entſchieden erſcheint [15].

2) Auch mit der Natur der Civilgeſetzgebung überhaupt hängt der Caſſationshof zuſammen. Die Idee einer eigenen Behörde, welche über die richtige Auslegung der Geſetze wachen ſoll, kann nur da realiſirt werden, wo das Geſetz als ein Produkt der geſetzgebenden Gewalt von oben herab nach gewiſſen legislativen Rückſichten als allgemein für alle Theile des Reichs verpflichtend und ohne lokale Modifikationen entſtanden iſt, wo daher in der geſetzgebenden Gewalt auch die alleinige Interprätationsquelle der Geſetze liegt, wo die oberſte Gewalt auch das Intereſſe hat, daß das Geſetz in ſeiner Reinheit nach den Abſichten und den Zwecken des Geſetzgebers ausgelegt und fortgebildet werde, wo zugleich die z. B. im franzöſiſchen Recht ſo laut ausgeſprochene Anſicht des Geſetzgebers vorherrſcht, daß ein durch philoſophiſche Räſonnements entſtandenes ohne Rückſicht auf Lokalitäten ausgebildetes gleichförmiges Recht, das alle

15) Man bemerkt auch bei dem Studium der franzöſiſchen arrêts, daß vorzüglich diejenigen ſich auszeichnen, welche auf Artikel des geltenden Code ſich beziehen, weniger dagegen diejenigen, in welchen es auf Anwendung älterer Statutarrechte ankam.

Völker beglückende ſey. Schon in der Entſtehung nach den oft durch Politik gemodelten Abſichten des Geſetzgebers gegeben, muß das neue Geſetz auch fortdauernd dem Herrſcher dienen und es begreift ſich wohl, wie eine eigene Behörde prüft, in wie ferne die Auslegung der Geſetze bei Entſcheidungen der Gerichtshöfe im Geiſte des Geſetzgebers gegeben ſey. Wo dagegen das Recht als ein Produkt der Verhältniſſe und aus dem Volke und ſeinen Bedürfniſſen ſich ausbildend immer nur als ein lokal paſſendes da ſteht, wie dies bei dem älteren deutſchen Statutarrechte der Fall war, hat die geſetzgebende Gewalt des Regenten nicht dies Intereſſe, und überläßt vielmehr die Fortbildung des Rechts nach der allmähligen Entwickelung der Verhältniſſe den Gerichtshöfen und den Partheien, welche in ihren Rechten ſich beſchwert glauben; es kömmt hier nur auf poſitive Heilung der einzelnen Rechtsverletzungen durch Berufungen an eine höhere in der Sache ſelbſt entſcheidende Inſtanz, und weniger auf ein nur negativ bei dem Caſſationshofe ſich ausſprechendes Intereſſe des Geſetzgebers an.

3) Unfehlbar hängt auch der franzöſiſche Caſſationshof mit der Einrichtung zuſammen, daß in ſo vielen Fällen die Gerichte in erſter und letzter Inſtanz ſprechen, ſo daß durch Berufung nicht nachgeholfen werden kann, und die Caſſation der einzige Zügel für die Richtergewalt wird.

4) Auch die Größe und Ausdehnung eines Landes kömmt dabei in Erwägung, in ſo ferne der Caſſationshof nothwendig mehrere Obergerichte verlangt, ſo daß der Caſſationshof, wenn er das Urtheil eines Appellhofes caſſirt, ſogleich die Sache an einen anderen Hof verweiſen kann, was ohnehin in einem kleinen Lande gar keine Anwendung finden kann.

5) Die dem Caſſationshofe zum Grunde liegende Idee führt auch leicht zur Vervielfältigung der Richtigkeitsgeſuche, durch deren Begünſtigung zuletzt die Rechtsſicherheit leidet. Zwar muß man ſich nicht unter dem innerhalb drei Monate anzubringenden Caſſationsgeſuche keine deutſche dreißig Jahre lange dauernde Nullitätsquerel denken, allein die Möglichkeit, ein Urtheil wegen Verletzung des Geſetzes anzugreifen, verwandelt zuletzt die Caſſation in ein regelmäßiges Rechtsmittel, welches ebenſo leicht ergriffen werden kann, als man wegen Nullitäten contra jus in thesi eine Beſchwerde auffindet. Conſequent die Idee der Caſſation durchgeführt, hätte ein Caſſationsgeſuch geſtattet werden müſſen wegen jeder Verletzung einer geſetzlichen Prozedurform, wie dies auch in Frankreich 1790 ein Caſſationsgrund war, und ſelbſt jede Verletzung eines Vertrags, der ja auch unter den Partheien als ein Geſetzt gilt, hätte Caſſation begründen müſſen, wie dies vor 1807 in Frankreich auch behauptet wurde [16]. Die ſpäteren geſetzlichen Einſchränkungen der Caſſationsgründe in Frankreich liefern ein merkwürdiges Geſtändniß, wie wenig man conſequent die Idee des Caſſationshofes durchführen wollte und konnte.

6) Ganz vorzüglich müſſen die Folgen erwogen werden, welche entſtehen, wenn der Caſſationshof das Urtheil vernichtet und die Sache zum Spruche an einen neuen Hof verweiſet. Es gilt als Grundſatz in Frankreich, daß der neue Appellhof nicht gebunden iſt, der vom Caſſationshofe ausgeſprochenen Meinung zu folgen, weil ja ſonſt implicite der Caſſationshof in

16) Merlin répertoire art. societé sect. III. §. III. art. 2 Brenning a. O. S. 27.

der Sache ſelbſt geſprochen hätte. Wenn nun, wie dies oft geſchieht, der zweite Appellhof gerade die nämliche Meinung ausſpricht, welche zuvor der Caſſationshof im vorigen Urtheile verworfen hat, was ſoll als Recht gelten? Hier kann die Parthei wieder Caſſation ergreifen, und der nämliche Prozeß mit den nämlichen moyens kömmt wieder an den Caſſationshof. Hier ſtehen auf einer Seite die Meinungen von zwei geachteten Appellhöfen und auf der anderen die Anſicht des Caſſationshofes ſich gegenüber; die Sache kömmt jetzt an die vereinigten Kammern des ganzen Caſſationshofes [17]); wenn nun der Caſſationshof wieder das Urtheil vernichtet, ſo ſoll nach einem Geſetze [18]) der Fall ſo angeſehen werden, als wenn ein Geſetz darüber gegeben werden müßte, und es muß authentiſche Auslegung erfolgen. Wie unpaſſend dieſe Beſtimmung iſt, erkannten auch die Deputirten im J. 1814, und trugen auf Erlaſſung eines neuen Geſetzes an, welches aber nicht angenommen wurde, ſo daß noch mit allen Inconvenienzen das Geſetz von 1807 fortdauert [19]), und es bedarf keiner Ausführung, daß bei der Einführung eines Caſſationshofes in Deutſchland ähnliche Schwierigkeiten entſtehen würden.

Am wenigſten aber ſoll von einem Caſſationshofe in einem Lande geſprochen werden, in welchem man nur den Namen beibehalten und die oben erwähnte Einrichtung getroffen hat, daß eine andere Abtheilung des Appellationshofes über die Caſſation entſcheide. Wer, welcher die Menſchen kennt, mag glauben, daß

---

17) Loi v. 27. ventôse l'an VIII. art. 78.
18) V. 16. Sept. 1807.
19) S. auch Touiller droit civil français tom. I. n.° 139.

die Mitglieder des nämlichen Gerichtshofes nur im Stande ſind, unpartheiiſch über die Geſetzesübertretungen ihrer Kollegen zu urtheilen; wer wird nicht glauben, daß jeder theils von einem edlen und erlaubten esprit de corps beſeelt, die Ehre des Collegiums, deſſen Mitglied er iſt, hoch anſchlagen und das Geſtändniß ausſprechen mag, daß der Appellhof geirrt habe? Sind nicht diejenigen Appellationsgerichtsräthe, welche heute unter dem Namen: Caſſationsrichter votiren, morgen ſelbſt wieder in der Lage, als Appellationsräthe zu ſtimmen, und die gleiche Nachſicht von denjenigen Kollegen in Anſpruch zu nehmen, über deren Urtheil ſie heute richten ſollen? Iſt eine ſolche Einrichtung nicht ſelbſt eine Täuſchung der Partheien, welche gläubig an einen Caſſationshof ſich wenden, und doch nicht Hoffnung haben ein anderes Urtheil zu erhalten?

So möchten doch die Gründe nicht erheblich genug ſeyn, ſtatt der deutſchen Berufungsinſtanzen einen Caſſationshof einzuführen, deſſen angebliche Nebenvortheile, z. B. wegen Aufſicht über die Gerichte, auch durch andere in Deutſchland bekannte Einrichtungen, z. B. durch zweckmäßige Prozeßtabellen eben ſo leicht erreicht werden können.

§. VI.

Vollſtreckung der Urtheile.

Wenn ſchon im Anfange des XVI. Jahrhunderts Ulrich Tengler [1]) uns die Erklärung bei dem Kapitel von der Vollſtreckung giebt: »wan ſo etwa ainer vermainet der Krieg ſey geendiget, ſo entſteenn erſt ander widerwärtigkeiten« — ſo deutet dieſer Ausſpruch darauf hin, daß die Klagen über unſeren langſamen Executionsgang nicht mit Recht die Praxis ſondern die Geſetze betreffen, aus welchen der gemeine Prozeß entſtand. Ueber den römiſchen Executionsgang liegt großes Dunkel, und wir wiſſen nur, daß das Geſuch um die Vollſtreckung des Erkenntniſſes an den Prätor gehörte, und durch den Executor ſelbſt die Vollziehung ausgeführt wurde; eine förmliche Anrufung durch actio judicati ſchien immer nothwendig zu ſeyn [2]), und noch in der Kaiſerzeit war es entſchieden, daß der magistratus, welcher den Richter beſtellte, auch die Vollſtreckung des richterlichen Urtheils leitete [3]) und daß im Weigerungsfalle des Beſiegten, hochheitlicher Zwang eintrat [4]). Die Hauptſache war für den Sieger, daß er ein Pfandrecht in das Vermögen des Schuldners erhielt, ſo daß die weitere Execution nur eine Realiſierung des Pfandes war [5]). Auspfändungen in unſerem heutigen Sinne ſchien ein ge-

1) In ſeinem Laienſpiegel, Fol. 99.
2) S. auch Gajus III. 77. IV. 21 – 25. 102. 171. ſ. Literatur in Haubold institut. jur. rom. privat. p. 110.
3) L. 15. D. de re iudic.
4) L. 68. D. de rei. vind.
5) L. 15. D. de re iudic. u. beſ. Küstner de pignore in caus. judicati Capto Lips. 1744.

wöhnliches Mittel zu ſeyn [6]; die Subhaſtation der Immobilien war das letzte Mittel [7], und erſt, wenn durch Subhaſtation kein Käufer zu erhalten war, konnte der Sieger wieder um Immiſſion nachſuchen [8]. In der Praxis der geiſtlichen Gerichte fehlte es an Normen für die Execution, und nur der Grundſatz galt gleichförmig, daß bei demjenigen Richter, welcher das Urtheil gefällt hatte, auch die Vollſtreckung nachgeſucht werden müßte, und daß er das ganze Verfahren leite [9]. Als Ordnung der Execution war ſchon in den Gloſſatoren die angenommen [10], daß zuerſt die Mobilien, dann die Immobilien, hierauf die ausſtehenden Forderungen des Schuldners, und erſt in subsidium die Perſon deſſelben angegriffen werden durfte. Im deutſchen Prozeſſe erhielt gewöhnlich die Vollziehung eine ſehr einfache Richtung durch die den Verträgen beigefügten beſtärkenden Clauſeln, z. B. mit und ohne Recht, oder durch den Einlagervertrag, wodurch jede Urtheilsvollſtreckung die Richtung gegen die Perſon des Schuldners erhielt. Auch in anderen Fällen hing die Anſicht von der Vollſtreckung mit der Schöffenverfaſſung zuſammen, nicht die Urtheilsfinder kümmerten ſich um die Vollziehung, ſondern dieſe war Sache desjenigen, der dem Schöffengerichte vorſtand, ſo ſagt ein altes Gerichtsbuch, daß, wenn die Urtheile im öffentlichen Gerichte geſprochen waren, der Junker (er präſidirte dem Gerichte) noch drei Tage lange bewaffnet mit beſtändig

6) Nov. 52. und nov. 134. c. 4.

7) L. 2. Cod. de exec. rei iud.

8) L. 3. Cod. de exec. rei iud.

9) Maranta de ordine judicior. p. 665. Ferrariis praxis aur. p. 507.

10) S. viel in Maranta l. c. p. 670.

geſattelten Pferden blieb, um ſogleich die Vollſtreckung der Urtheile zu ſchützen [11]).

Die unmittelbare Vornahme der Vollſtreckungshandlungen kam unter richterlicher Autorität dem Frohnboten zu [12]); das Urtheil gab gewöhnlich einen Termin zur Erfüllung, nach deſſen fruchtloſen Verlauf die Auspfändung durch den Frohnboten eintrat, die anfangs auf die beweglichen Sachen und in deren Ermanglung an das unbewegliche Gut ſich hielt [13]).

Der Verkauf des Gepfändeten geſchah durch den Frohnboten. Bei unbeweglichen Gütern war die regelmäßige Vollſtreckung die der Einweiſung des Siegers in den Beſitz durch den Richter, ſo daß erſt nach einem gewiſſen Zeitraume, wenn der Schuldner das Gut nicht löste, es dem Sieger heimgeſchlagen wurde [14]). Hatte der Sieger ein richterliches Pfand erhalten, oder ſchon zuvor durch den Schuldner das Pfandrecht beſtellt bekommen, ſo gehörte zur Veräuſſerung nur der Ablauf einer nach dem Werth des Pfandes verſchiedenen Zeit, die nochmalige Aufforderung an den Schuldner zur Auslöſung und dann öffentlicher Verkauf auf dem Markt, häufig unter Leitung beſonderer hiezu geſchworner Perſonen (Pfändner) [15]).

---

11) Jbd. von Arx Geſchichte des Buchsgau S. 105.

12) Sachſenſpiegel I. 53. 70. Hauſchild Gerichtsverf. der Deutſchen S. 156.

13) S. Schwabenſpiegel cap. 94. 97. 133. Emerich Frankenberg. Gewohnheiten in Schminke mon. p. 738. Kopp Nachr. v. den heſſen-caſſel. Gerichten I. Thl. S. 492.

14) Emerich Frankenb. Gewohnh. S. 740. Kopp l. c. S. 499.

15) S. beſ. baier. Rechtbuch Ludwigs (v. 1340—46) Tit. XVII. Miltner der baieriſche Gantprozeß S. 35—46.

Der Verſuch, ob es nicht möglich ſey, den Gläubiger blos aus dem beweglichen Gut des Schuldners zu befriedigen, wurde oft durch gewiſſe vom Magiſtrate und den Partheien gewählte Perſonen gemacht [16]. Reichte das Vermögen des Schuldners nicht zu, ſo kam es regelmäßig zur Arretirung des Schuldners, der anfangs auf gewiſſe Zeit dem Büttel, und wenn noch nicht bezahlt werden konnte, zu Hand und Halfter dem Gläubiger übergeben wurde [17], welche Sitte [18] noch am Ende des XV. Jahrhunderts vorkömmt [19]. In den Partikulargerichtsordnungen aus dem Anfang des XVI. Jahrhunderts iſt ſchon eine gewiſſe Ordnung vorgeſchrieben, z. B. in der baieriſchen [20], in der heſſiſchen [21] und dem freiburger Stadtrecht [22]. Es ſollte zuerſt das bewegliche Gut, hierauf das unbewegliche, und hierauf erſt ſollten die ausſtehenden Forderungen angegriffen werden. Bei der Auspfändung waren ſchon gewiſſe für den Schuldner unentbehrliche Gegenſtände, z. B. Ackergeräthe, Handwerkszeug, nothwendige Betten ausgenommen [23]. Der Verkauf des Gepfändeten geſchah durch den Gerichtsknecht. Der Verkauf der liegenden

---

16) Wiener Stadtr. v. 1340 in Rauch script. rer. aust. t. III. p. 52.
17) Merkw. Beſtimmungen im alten Miltenberger Rechtsbuch in Bodmann rheingau. Alterth. S. 644.
18) S. ſchon Sachſenſpiegel III. 39.
19) S. Eichhorns Staats- und Rechtsgeſch. III. Thl. S. 410.
20) Gerichtsordn. v. 1520 Tit. XIII.
21) Gerichtsordn. v. 1497 Tit. von der Vollſtreckung.
22) V. 1520 Tit. XIII. fol. XXV.
23) Heſſiſche Gerichtso. v. 1497 in Kopp heſſ. Gerichtsv. II. Thl. S. 72. Baieriſche Gerichtso. Tit. XIII. Art. 5.

Güter wurde drei Sonntage nach einander verkündet und am letzten Sonntage bis zum Läuten der Abendglocke das höchſte Gebot angenommen [24]). Die weitere Ausbildung des Verfahrens blieb der Praxis überlaſſen, welche nur durch den Grundſatz geleitet wurde, daß der Sieger wegen jedes Executionsantrags ſich an das Gericht, welches das Urtheil fällte, wenden, und einen Executionsbefehl an den Schuldner extrahiren müßte, über deſſen Zuläſſigkeit verhandelt wurde. Vorzüglich gewöhnte man ſich daran, die Executionsverhandlung noch als einen Theil des Hauptprozeſſes zu betrachten, und die Form des letzteren auch auf den Theil der Vollſtreckung anzuwenden. Man ließ daher ſchriftliche Verhandlungen und Anwälde zu, theilte die Schriften zur Erklärung mit, fällte Urtheile und geſtattete Rechtsmittel dagegen, ſo daß häufig das Executionsverfahren länger als der Hauptprozeß dauerte. Am ſchlimmſten aber ging es in dem gemeinen Prozeſſe, weil die Geſetze, auf welche dieſer Prozeß ſich ſtützte, gerade über die Vollſtreckung am wenigſten enthielten, und es ſelbſt ſchwierig war, die Formen des deutſchen Gerichtsgebrauchs mit den wenigen römiſchen Vorſchriften zu verbinden. In den einzelnen Territorien fehlte es nicht an manchen guten Vorſchriften über die Execution, und nur aus dieſen iſt der Geiſt des deutſchen Executionsverfahrens zu erkennen. Insbeſondere bildete ſich die Regel aus, daß das von dem Sieger angerufene Gericht dem Beſiegten immer erſt einen Termin zur freiwilligen Erfüllung ſeiner Pflicht gewähre, die an manchen Orten eine ſächſiſche Friſt, an anderen eine ſechs wöchentliche, oder vierzehntägige iſt, und leider

24) Freiburger Stat. v. 1520 fol. XXVII.

vom Gerichte (die Geſetze geſtatteten zwar nur eine Verlängerung aus erheblichen Urſachen) aus unzeitiger Milde verlängert. Solche Friſten kennen namentlich die ſächſiſchen [25]), mecklenburgiſchen [26]), hannoveriſchen Geſetzen [27]). Der Sieger hat in dem Executionsgeſuche die Art der Execution und die Gegenſtände, worauf er Vollſtreckung ſucht, anzugeben, und es iſt ein Fehler, wenn man blos mit dem Anrufen des Siegers um Execution ſich begnügt, ohne Angabe des Gegenſtandes. Dem richterlichen Dekrete muß die Drohung der beſtimmten eintretenden Executionsart beigefügt werden [28]); an einigen Orten wird vom Gerichte im Dekrete ſogleich ein Termin angeſetzt, in welchem der Schuldner ſeine Einwendungen anzugeben hat, an anderen wartet man nach dem Verlaufe des Termins das neue Geſuch des Siegers und die Anzeige des fruchtlos verlaufenen Termins ab, und erſt auf neues Anrufen folgt ein neues gerichtliches Dekret [29]); in anderen Ländern hat der Executor, wenn der Schuldner nach dem Ablaufe der Verwarnungsfriſt Parition nicht dociren kann, ohne weiteren Anruf des Schuldners und Befehl des Gerichts, mit der Execution einzurücken [30]).

---

25) In Sachſen iſt die Friſt nicht gleich; nach der A. Prozeßo. Tit. XXXIX. beträgt die Friſt 14 Tage oder bei Geldzahlungen eine ſächſiſche Friſt. S. überh. Kori Theorie des ſächſ. Proz. S. 332.

26) Der Schuldner bekömmt eine Verwarnungsfriſt, die in der Regel 3 Wochen beträgt. S. v. Nettelbladt Meklenburg. Civilproz. S. 193.

27) In einigen Gegenden hat die Friſt 4 oder 8 Wochen. Oeſterlei hannov. Prozeß. II. Thl. S. 413.

28) S. Kori ſächſ. Proz. S. 333.

29) Z. B. in Hannover, in Baiern, in Heſſen.

30) Z. B. in Meklenburg ſ. Nettelbladt Civilproz.

Ueber die Ordnung der Execution iſt keine Gleichförmigkeit; gewöhlich kommen bei dem Mangel von Mobilien die Immobilien und dann erſt die ausſtehenden Forderungen an die Reihe [31]), wogegen nach anderen Geſetzen [32]) die Forderungen vor den Immobilien angegriffen werden. Ueber den Fortgang der Execution findet ſich wieder keine Gleichförmigkeit, indem nach einigen Geſetzen die Verhandlungsmaxime ſo ſtrenge genommen wird, daß das Gericht immer nur auf neues Anrufen des Siegers etwas verfügt und der Gerichtsbote für jeden neuen Gerichtsakt auch einen neuen Befehl braucht, während nach anderen Geſetzen das Gericht nur über die Zuläſſigkeit des Executionsantrags erkennt und dann der aufgeſtellte Executor nach den allgemeinen Inſtruktionen und nach den Geſetzen verfährt, ohne für jeden Akt eine Anfrage bei Gericht zu bedürfen. Ueber die Form des Executionsprozeſſes fehlt es gewöhnlich an Beſtimmungen; daher wird an manchen Orten ſchriftlich, an anderen dagegen mündlich nur ad protocollum verhandelt. Am meiſten iſt die Execution in die Immobilien durch Förmlichkeiten aufzuhalten, und die Gründe der Zögerung liegen vorzüglich in den langen Terminen von der Immiſſion bis zur wirklichen Verſteigerung, in der Geſtattung eigener Termine zum Selbſtverkauf, und in dem ungeeigneten Taxationsverfahren. Nicht unberückſichtigt darf dabei noch bleiben die Möglichkeit für den Schuldner durch eine Maſſe von Einreden

S. 194. Sehr weiſe beſtimmt dies auch die preuß. Gerichtso. Tit. XXIV. §. 31. 32.

31) S. Cod. jud. bav. cap. 18. §. 3. ſächſ. Prozeßo. in Kori S. 339.

32) z. B. in Hannover Oeſterlei S. 417.

und durch Rechtsmittel die Execution aufzuhalten, ſo daß der Ausſpruch eines großen Rechtsgelehrten [33]) nicht übertrieben iſt, wenn derſelbe erklärt: daß es nach dem Buchſtaben des Geſetzes nicht ſchwer ſey die Execution, wenn es auf den Verkauf von Grundſtüken ankömmt, bei mäßigem Gebrauche der Advokatenkünſte, vier Jahre lang herumzuziehen. Ein beſonderes Intereſſe bieten für das Studium des deutſchen Prozeſſes die in verſchiedenen Staaten beſtehenden Subhaſtations- und Diſtraktionsordnungen dar, wohin die Reußgreiziſche [34]), die Schwarzburg-Sonderhäuſiſche [35]), die Lippe-Detmoldiſche [36]), die Naſſauiſche [37]), die Fränkiſche [38]) und eine neue Heſſencaſſeliſche [39]) gehören. — Von den neuen größeren Geſetzgebungen war die preuſſiſche, wie in andern Lehren ſo auch in Anſehung der Vollſtreckung der Urtheile, vielfach ausgezeichnet [40]); zwar hatte das Geſetz, wie der deutſche Prozeß überhaupt, das Executionsverfahren zur Leitung dem Gericht zugewieſen und ließ gerichtliche Verhandlung

---

33) V. Gönner Comment. zur baier. Novelle v. 1819 S. 404.

34) Subhaſtationsordnung v. 7. Oct. 1768.

35) V. 10. Jul. 1787 in Hellbach Grundr. des ſchwarzburg. Privatr. S. 147.

36) V. 1771 in der Samml. der lipp. Landesvero. II. Thl. S. 412.

37) Subhaſtationsordn. v. 20. Febr. 1751 erneuert in der Sammlung der naſſau. Vero. I. Thl. S. 95.

38) Executionsordnung v. 26. Auguſt 1805.

39) Vero. vom 5. Okt. 1821 in der Geſetzſammlung 1821 N.° XVI.

40) Gerichtsordn. Tit. XXIV. ſ. eine Vergleichung der preuß. mit der franzöſ. Executionso. in Klein Annalen XXV. Bd. S. 232. XXVI. Bd. S. 98.

zu, allein überall iſt eine ſolche Reichhaltigkeit von Vorſchriften über die einzelnen vorkommenden Fälle, ſo daß nicht leicht die Willkühr eines Executors gefährlich werden kann; das Geſetz dringt insbeſondere auf vollſtändige Executionsgeſuche [41]) und auf Anweiſung an den Executor für den Fall des fruchtloſen Verlaufs der geſetzten Friſt, die Vollſtreckung kann nur durch wenige beſcheinigte Einreden gehindert werden [42]). Die Verhandlung, wenn Einwendungen gemacht werden, iſt nur mündlich, und gerade hier kann die Unterſuchungsmaxime am beſten ſich bewähren [43]). Der aufgeſtellte Executor [44]) iſt gehörig eingeſchränkt, er kann über die Anweiſung nicht hinaus, und befindet ſich in beſtändiger Controle des Gerichts [45]), allein er iſt nicht ſo wie ein deutſcher Gerichtsbote zu betrachten, der nur eine mechaniſche Handlung zu vollziehen und dann wieder ſo lange zu ruhen hat, bis er einen neuen Auftrag vom Gerichte erhält; der Executor erhält vielmehr ſchon anfangs eine zweckmäßige und vollſtändige Inſtruktion, ſo daß eine ganze Reihe von Handlungen ohne neuen Auftrag

---

41) Gerichtso. Tit. 24. §. 22.

42) Tit. 24. §. 35—38.

43) L. c. §. 39—41.

44) Ein neuerer gebilligter Gerichtsgebrauch giebt nicht, wie die Gerichtsordn. §. 32 vorſchreibt, das Executionsmandat dem Executionsſucher, der erſt nach abgelaufenem Termine das Mandat dem Executor aushändigt, ſondern giebt das Mandat unmittelbar dem Executor, ſ. v. Kamptz Jahrbücher Heft XXXII. S. 234—240. Gewiß iſt der Gerichtsgebrauch höchſt weiſe da ſonſt der oft weiter entfernte Executionsſucher unnöthige Koſten anwenden muß, um das Mandat dem Executor einzuhändigen.

45) S. auch Zum-Bach vollſt. Gegeneinanderſtellung der Hauptmomente des preuß. und franz. Verf. S. 308 ꝛc.

in ſeiner Befugniß liegt; die einzelnen Vorſchriften des preußiſchen Prozeſſes ſind beſſer unten Gegenſtand der Prüfung. Neuere deutſche Geſetzgebungen haben mit Ausnahme der oben erwähnten, weniger die Vollſtrekkung der Urtheile zum Gegenſtande umfaſſender Vorſchriften gemacht, nur die baieriſche Novelle [46]) hat das Verfahren durch genauere Beſtimmung der Termine, durch Abſchneidung der Einreden und Rechtsmittel zu vereinfachen geſucht. Die würtenbergiſche Geſetzgebung [47]) hat dadurch das Verfahren erleichtert, daß ſie die Vollziehung von dem Oberamtsrichter der Ortsobrigkeit des unterliegenden Theils übertragen läßt. Vollſtändige neue Executionsordnungen ſind die für den Canton St. Gallen [48]) und das anhaltiſche Geſetz [49]).

Durchaus eigenthümlich und wichtig für Deutſchland, weil dies Verfahren auf manche fruchtbare neue Ideen aufmerkſam gemacht, und in den an deutſche Herrſcher gefallenen franzöſiſchen Provinzen neue Geſetze veranlaßt hat, iſt das franzöſiſche Executionsverfahren, welches ſich von dem Deutſchen ſchon durch die Grundidee unterſcheidet, nach welcher mit dem gefällten Urtheile die Thätigkeit des Gerichts endigt, indem die Juſtiz nur vorgelegte ſtreitige Thatſachen unter das Geſetz zu ſubſumiren hat.

Durch das gefällte Urtheil hat der Sieger von dem Gerichte das Zeugniß erhalten, daß ſein Anſpruch

---

46) V. 22. Jul. 1819 §. 29—34 u. Gönners Coment. hiezu S. 401—37.
47) Organiſationsedikt v. 31. Dez. 1818 §. 35. 187.
48) Vom 23. Juni 1820.
49) V. 10. Juli 1822 im Anhang der Erläuterungen zu einigen Titeln der Landeso. cap. XII. XIII.

gegen die andere Parthei rechtlich gegründet und daher hochheitlich vollzogen werden kann; die Vollſtreckung ſelbſt iſt nun, als ein Inbegriff von Zwangshandlungen und Acten der adminiſtrativen Gewalt, kein Gegenſtand der richterlichen Thätigkeit, ſondern gehört der vollziehenden Gewalt im Staate an, und ihre Ausübung iſt gewiſſen Beamten (Gerichtsvollziehern, huissiers) anvertraut, welche im Namen des Geſezzes und nach ſehr beſtimmten Inſtruktionen handeln. Während in Deutſchland der Gerichtsbote immer nur einen einzelnen Akt nach dem gerichtlichen Dekrete vornimmt, bedarf der franzöſiſche Huiſſier keines Auftrags und keiner Vorſchrift des Gerichts, weil das Geſetz, indem es die ganze Reihe der Executionshandlungen angiebt, je nachdem ein oder das andere Executionsmittel gewählt wird, der Huiſſier ſchon im Allgemeinen inſtruirt hat, und ſelbſt die vielen Termine und Formalitäten erklären ſich aus der Abſicht des Geſetzes, den Huiſſier zweckmäßig zu controliren, und ſeiner Willkühr vorzubeugen. Während daher der Huiſſier der eigentliche Vollziehungsbeamte iſt, und der Sieger ſich mit dem Urtheile nur an ihn zu wenden und zur Vollſtreckung ihn aufzufordern braucht, während die Uebergabe des Urtheils für den Huiſſier hinreichende Vollmacht für alle Executionsakte mit Ausnahme der Beſchlagnahme unbeweglicher Güter und der Verhaftung des Schuldners iſt [50]. Während jeder Execution eine Zahlungsaufforderung an den Schuldner wenigſtens einen Tag vor der Vollſtreckung voraus geht [51], und jeder einzelne Akt durch die vom Huiſſier errichteten Protokolle conſtatirt wird, kommen

50) Code de proc. art. 556.
51) Code art. 583. 626.

aber noch auſſer dem Huiſſier andere Beamte vor, welche bei der Vollſtreckung thätig ſind. Dahin gehören theils die Gerichtsſchreiber, theils die Notarien; die erſten dienen dazu, damit vor ihnen, wie ſonſt in Deutſchland, in einem Protokolle, gewiſſe Erklärungen abgegeben werden, welche ſpäter an das Gericht gelangen, oder um in gewiſſen wichtigen Fällen durch ihre Akte der Huiſſier zu controliren, oder gewiſſe Akte zu beglaubigen und förmlich zu machen [52]. Die zweiten werden gebraucht, wenn es, z. B. bei dem Daſeyn von Minderjährigen auf Verkäufe ankömmt, wenn Inventare und Theilungen zu machen ſind [53]. Die franzöſiſche Execution iſt aber nicht blos eine Sache der Huiſſiers und der andern genannten Beamten, ſondern wird auch häufig ein Gegenſtand von gerichtlichen Entſcheidungen, ſo daß jede Execution nur ſo lange als kein Rechtsſtreit in derſelben ſich erhebt, ohne Dazwiſchenkunft des Gerichts verhandelt wird. Solcher Streitigkeiten können wieder verſchiedene ſeyn, ſo wie die Gerichte verſchieden ſind, die dafür competent werden.

1) Alle Streitigkeiten, welche ſchleunige Abhülfe bedürfen, und durch proviſoriſch zu hebende Schwierigkeiten die Execution veranlaßt werden, gehören als referes in die vom Präſidenten des Gerichts, oder dem committirten Richter gehaltene Sitzung [54], in welcher jedoch nur proviſoriſch entſchieden wird. Wäh-

---

52) Code art. 571. 671. 680. 726. 734. 738. T. 803. 915.

53) Code 935. 955. 970. 976. 993.

54) Code de proc. art. 806. Nach Carré II. p. 171 ſoll auch der Friedensrichter des Orts competent ſeyn.

rend die Entſcheidung der Hauptſache an das Tribunal gehört, dem die Vollſtreckung obliegt [55]).

2) Alle Streitigkeiten, die in der Exekutionsinſtanz entſtehen, gehören, wenn das erſte Urtheil vom Appellhofe beſtätigt iſt, vor das Tribunal, welches das erſte Urtheil fällt; wurde das Urtheil reformirt, ſo gehört die Vollziehung an den Appellhof oder an das von ihm ſpeziell zu ernennende Gericht [56]).

3) An das Tribunal zur Entſcheidung kann die Execution gelangen a) wenn zwiſchen dem Executionsſucher und einem Dritten, z. B. demjenigen, deſſen Forderungen mit Arreſt belegt werden, Streit entſteht [57]). b) Wenn der Schuldner über die Fortdauer und Zuläſſigkeit eines Executionsmittels Einwendungen macht [58]). c) Wenn ein dritter Intereſſirter Einſprüche gegen die Vollziehung macht, z. B. ſein Eigenthum behauptet [59]). d) Wenn Nullitätsklagen erhoben werden. [60]).

Das Geſetz hat der Beſorgniß, daß durch viele ſolche Zwiſchenſtreitigkeiten der Prozeß zu ſehr verzögert werden könnte, durch manche Vorſchriften vorgebeugt, und zwar a) durch die Geſtattung, daß ſummariſch nnd proviſoriſch über die augenblicklichen Schwierigkeiten entſchieden werde [61]). b) Durch die Vorſchrift, daß über Inzidentpunkte der Execution nur ſummariſch geurtheilt wird [62]). c) Daß nicht jede Oppoſition

55) Code art. 554.
56) Code art. 472.
57) Fälle in Code art. 570. 608. 718.
58) Code art. 567.
59) Z. B. Code art. 607.
60) Pigeau Cours. II. p. 102.
61) Code art. 806.
62) Code art. 718.

die Vollſtreckung ſuspendiren kann, ſondern die Einſprüche dritter beſchränkt ſind [63]. d) Daß die Nullitätsklagen an eine gewiſſe kurze Zeit gebunden werden [64].

In Anſehung der einzelnen Executionsmittel und zwar A) der Auspfändung (saisie exécution) fordert das Geſetz [65], daß der Huiſſier, wenn die Zahlungsaufforderung vorausgegangen iſt, mit Zeugen bei dem Schuldner erſcheine (ohne daß der Impetrant gegenwärtig ſeyn darf) und in einem Protokolle die auszupfändenden Güter bezeichne [66]; tritt Widerſetzung ein, ſo muß durch den Friedensrichter Zwang angewendet werden [67]. Viele Gegenſtände können gar nicht gepfändet werden [68]. Ueber das Gepfändete wird ein Aufſeher beſtellt [69] und im Protokolle wird ſchon der Tag des Verkaufs beſtimmt [70]; verſteigert wird nur ſo viel als zur Tilgung der Schuld und der Koſten nothwendig iſt [71]; findet der Huiſſier ſchon die Execution eines andern Huiſſier für einen andern Gläubiger angefangen, ſo darf er nicht die Execution anfangen; er kann ſich aber von dem

63) Code art. 608.
64) Code art. 733—5.
65) Code art. 583—625. Berriat St. Prix p. 466. Carré traité II. p. 211.
66) Code art. 588.
67) Art. 587.
68) Art. 592. Das Geſetz nimmt viele Gegenſtände aus, z. B. Bücher, die zum Berufe des Schuldners gehören bis zur Summe v. 300 Frcs., Maſchinen und Inſtrumente zum Unterrichte ſind ausgenommen.
69) Art. 596. Der Schuldner kann ſelbſt einen ſolchen Aufſeher vorſchlagen.
70) Code art. 595.
71) Code 622.

Gardien nach dem Protokolle die Mobilien vorzeigen laſſen, und kann dann die in der erſten Execution nicht gepfändeten Mobilien pfänden, und denjenigen, der die erſte Auspfändung bewirkte, auffordern, das Ganze in acht Tagen verſteigern zu laſſen [72]. Zwiſchen der Beſchlagnahme und der Verſteigerung müſſen acht Tage verfloſſen ſeyn [73]. Die Bekanntmachung des Verkaufs geſchieht durch fünf Anſchläge; die Leitung des Verkaufs hat der Huiſſier [74]) und zugeſchlagen wird die Sache immer dem Meiſtbietenden; der Huiſſier iſt für den Preis verantwortlich [75]).

B) Die Beſchlagnahme der ausſtehenden Forderungen (saisie arrêt) [76]) beſteht in dem Akte, durch welchen ein Gläubiger das bewegliche ausſtehende Vermögen ſeines Schuldners, das in den Händen eines Dritten ſich befindet, dadurch in Beſchlag nimmt, daß er ſich der Verabfolgung des Vermögens oder der Auszahlung der Gelder an den Schuldner ſo lange widerſetzt, bis das Gericht ſie ihm zuerkannt oder den Verkauf zu ſeinem Beſten verfügt haben wird. Begründet wird dies durch ein Geſuch an das Gericht um Arreſtanlegung [77]). Der Huiſſier zeigt durch ein Protokoll dem Dritten den Arreſt an, und binnen acht Tagen muß dem Schuldner der angelegte Arreſt angezeigt, und zugleich die Klage auf Beſtätigung des Arreſts dem Dritten (tiers-saisi) inſinuirt werden [78]),

---

72) Art. 611.
73) Art. 613.
74) Art. 624.
75) Art. 625. Carré II. p. 227.
76) Code 557—582.
77) Berriat St. Prix p. 457.
78) Code 563. 4.

weil ſonſt der Dritte gültig an den Schuldner zahlen kann. Der Impetrant bringt ebenſo ſeine Klage auf Beſtätigung, wie der Beſiegte die Klage auf Aufhebung vor das Tribunal des Wohnorts des Impetraten. Der Dritte muß vor dem Gerichtsſchreiber oder Friedensrichter eidlich ſeine Erklärung über den Entſtehungsgrund der Schuld, ihre Größe und Abſchlagszahlungen machen [79]. Wird die Erklärung nicht beſtritten, ſo hat kein weiteres Verfahren ſtatt, ſonſt entſcheidet das Tribunal, und erſt dann, wenn der Arreſt juſtifizirt iſt, wird zum Verkauf geſchritten. [80]).

C) Die Execution auf Früchte auf dem Halm (saisie brandon) beſteht darin, daß einem Dritten die Aufſicht über die noch nicht eingeärndteten Früchte eines Schuldners eingeräumt wird, um die Früchte zum Beſten des Schuldners verkaufen zu laſſen [81]); ſie kann nur ſechs Wochen vor der gewöhnlichen Zeit der Reife der Früchte geſucht werden; der Huiſſier macht, wie bei der Auspfändung, ein Protokoll und beſtellt einen Aufſeher (gewöhnlich den Feldhüter) und verſteigert nach den Regeln wie bei der Auspfändung.

D) Die Beſchlagnahme der Renten geſchieht in ſo fern als die flüſſigen Renten zuerſt Gegenſtand der Execution ſind, indem nach dem Zahlungsbefehle die Aufforderung durch den Huiſſier an den Beſiegten und an den Dritten, d. h. den Schuldner der Rente geht, bei welchem der Arreſt angelegt wird [82]). Reichen die flüſſigen Renten nicht zu, ſo wird zum

---

79) Art. 570. 71.
80) Art. 579.
81) Code art. 626—635. Berriat St. Prix p. 481. Carré traité II. p. 229.
82) Code art. 636. Carré traité II. p. 235.

Verkauf der Rente ſelbſt geſchritten, wobei, weil die Rente als Immobile gilt, die Analogie der Formen der Subhaſtation der Immobilien eintritt.

E) Die Immiſſion des Siegers in die Gutserträgniſſe iſt keine allgemeine Executionsweiſe, ſondern kann nur von dem Schuldner nachgeſucht werden, der durch einen notariellen Pachtbrief nachweiſen kann, daß der reine Ertrag der Grundſtücke während eines Jahres zur Zahlung der jenſeitigen Forderung mit Zinſen hinreichen würde [83].

F) Der perſönliche Arreſt des Beſiegten iſt kein gewöhnliches Executionsmittel, ſondern nur an gewiſſe Bedingungen gebunden [84], a) auſſer Handelsfällen tritt er ein in gewiſſen ſtrafbaren Fällen wegen nothwendigen Depositums, zur Execution poſſeſſoriſcher Urtheile [85]) und in einigen Fällen, wo der Arreſt speziell im Akte ſtipulirt war [86]. b) In Handelsſachen hat auch gegen den Nichtkaufmann der Arreſt zur Execution der handelsrechtlichen Geſchäfte unter gewiſſen Bedingungen Statt [87]. c) Gegen Handelsleute (in dem ausgedehnten franzöſiſchen Sinne hat er Statt wegen der Fälle, in welchen auch der Nichtkaufmann verhaftet werden darf, und wegen Handelsgeſchäfte in dem Umfange, als das noch gültige Geſetz v. 15. Germinal Jahr VI. dies erlaubt [88].

83) Code civil art. 2212.
84) Geſetz vom 15. Germinal l'an VI. Berriat St. Prix Cours p. 550. Carré traité II. p. 386.
85) Cod. Nap. 2059—62.
86) Cod. Nap. art. 2063.
87) Code de Com. art. 636. Pardessus Cours du droit commercial t. IV. p. 237.
88) Pardessus Cours IV. tom. p. 243. Vincens exposition méthodique t. I. p. 149.

d) Auch wird der Arreſt wichtig in ſoferne als [89]) gegen den Fremden wegen Contrakte, die er mit einem Franzoſen im Auslande geſchloſſen hat, auch in Frankreich geklagt werden kann und geſetzlich [90]) jedes zu Gunſten eines Franzoſen ergangene Urtheil gegen den Fremden durch perſönlichen Arreſt vollzogen werden kann; e) das Gericht kann endlich nach ſeinem Ermeſſen unter Bedingungen den Arreſt im Urtheile ausſprechen [91]). Die Geſetze beſtimmen noch in Bezug auf Vollziehung gewiſſe Ausnahmen, fordern vorausgehende Signifikation, und laſſen ſummariſch auf Antrag des Schuldners in einem referé über Arreſt erkennen [92]).

G) Die Beſchlagnahme unbeweglicher Güter (saisie immobilèire) hat im franzöſiſchen Rechte ſchon die Eigenthümlichkeit, daß nicht, wie in Deutſchland, eine gewiſſe Stufenfolge Statt findet, ſo daß erſt bei dem Mangel anderer Executionsmittel die Subhaſtation eintrete, ſondern der Sieger, wenn er eine Realforderung hat, kann ſogleich die Subhaſtation wählen. Das Geſetz [93]) betrachtet dieſe Execution als diejenige, bei welcher durch viele Formen und durch längere Termine der Schuldner geſchont und ihm eben wegen der längeren Dauer die Möglichkeit gelaſſen werden ſoll, durch andere Arten der Zah-

---

89) Code Nap. art. 14.
90) Geſetz v. 10. Sept. 1807.
91) Code de proc. art. 126. Carré traité I. p. 206.
92) Cod. civ. art. 2065. Cod. de proc. 781—86.
93) Code de proc. 673 — 717. Berriat St. Prix Cours p. 499. Carré II. p. 257. S. gute Bemerkungen im niederrhein. Archive v. Sandt u. Zum-Bach I. Bd. S. 58. II. Bd. S. 18. III. Bd. S. 257. IV. Bd. S. 196.

lung der harten Maaßregel zu entgehen, zugleich durch die möglichſte Publizität und viele Formen etwaigen Chikanen, leichtſinnigen Veräuſſerungen, wodurch oft eine augenblicklich bedrängte Familie gänzlich zu Grunde gerichtet wird, vorzubeugen und den möglichſt höchſten Preis der Güter zu bewirken. Vor der Revolution gab es auſſer zahlreichen Reglements nur zwei Hauptordonnancen darüber; (ordon. des criées von 1536 und 1551) in der Revolution beſtand das freilich zu einfache Geſ. v. 11. Brumaire J. VII. Der Code unterſcheidet nicht den Werth der zu verſteigernden Grundſtücke, ſondern ſchreibt für alle das gleiche förmliche Verfahren vor. In dem Verfahren können fünf Hauptepochen unterſchieden werden. 1) Die Einleitung zur Vollſtreckung und Begründung derſelben durch Zahlungsbefehl des Huiſſier mit der Drohung der Verſteigerung [94]), welchem erſt dreißig Tage darauf der Akt der Beſchlagnahme durch ein Protokoll des Huiſſier folgen kann [95]), in welchem der Huiſſier die zur Execution zu beſtimmenden Güter als der Vergantung unterworfen erklärt, und vollſtändig mit einem Auszuge aus dem Mutterprotokolle der Grundſteuerrolle beſchreibt; worauf zur Controle des Huiſſiers eine Abſchrift des Protokolls dem Greffier des Friedensgerichts und dem Maire, und bei der Greffe des Tribunals eingehändigt [96]), die Execution ins Regiſter des Hypothekenbureaus eingetragen wird [97]).

2) Das Verfahren, zu dem Zwecke, die

---

94) Code art. 673.
95) Code 675.
96) Art. 676.
97) Art. 677.

Beſchlagnahme und den vorbereiteten Verkauf den Intereſſenten und dem Publiko bekannt zu machen. Hiezu erfolgt a) binnen vierzehn Tagen von der Einregiſtrirung an die Anzeige der wirklichen Beſchlagnahme an den Schuldner [98]), der erſt von dieſem Momente an in ſeiner Dispoſition beſchränkt wird [99]); b) die Mittheilung der öffentlichen Bekanntmachung an die inſkribirten Gläubiger [100]); c) die öffentliche Bekanntmachung der Beſchlagnahme mit vielen Förmlichkeiten durch den Greffier [101]).

3) Das Verfahren zur Vorbereitung des Verkaufs ſelbſt, der Bedingungen deſſelben und der öffentlichen Bekanntmachung. Hiezu gehören die Einrückung in öffentliche Blätter [102]); die Anheftung der Bekanntmachung an verſchiedenen Orten [103]), verbunden mit Beglaubigungsakten über dieſe Anſchläge [104]) und eine von dem Executionsſucher vorzulegende ſehr förmliche Ueberſicht der Verkaufsbedingniſſe (cahier des charges) und der zu verſteigernden Güter [105]). Hieher gehören auch die zur Erreichung größerer Publizität vorgeſchriebene durch den Gerichtsgebrauch in nutzloſe Förmlichkeit [106]) aus-

98) Art. 681.
99) Art. 688. 93.
100) Code art. 695.
101) Code art. 682.
102) Art. 683.
103) Art. 684. Das Geſetz ſchreibt hiezu den Wohnort des Schuldners, die Thore der mit Beſchlag belegten Güter, den Hauptplatz der Gemeinde des Wohnorts des Schuldners, das Thor am Sitzungsſaale des Friedensgerichts und des Tribunals des Wohnorts vor.
104) Art. 685. 687.
105) Art. 697.
106) S. niederrhein. Archiv I. Bd. S. 188.

geartete dreimalige Ableſung des cahier des charges in der Audienz [107]), und wiederholte Anheftungen und Bekanntmachungen [108]).

4) Verfahren zur Vollziehung der Verſteigerung ſelbſt. Hier nimmt das Geſetz nur eine vorläufige Verſteigerung an, deren Reſultate noch nicht verpflichten. Die Verſteigerung ſelbſt geſchieht in der Audienz des Gerichts erſter Inſtanz; nur Anwälde können für die Partheien bieten; es werden drei Wachslichter angezündet, von welchen jedes eine Minute brennen muß; erſt dann, wenn die drei Lichter, die nach einander angezüudet werden, verlöſcht ſind, kann der Zuſchlag erfolgen [109]).

5) Verfahren bei der endlichen Verſteigerung und Adjudikation der Sache. Erſt ſechs Wochen nach dem einſtweiligen Zuſchlag kann wieder die definitive vorgenommen werden, bei welcher das nämliche Verfahren Statt hat, und nach deren Reſultate in der Sitzung der Adjudikationsbeſcheid erfolgt [110]). Die Maſſe dieſer Förmlichkeiten hatte ſchon die weſtphäliſche Prozeßordnung [111]) bewogen, das Verfahren zu vereinfachen, obwohl die Grundideen ſtehen blieben; eine Verordnung im Königreich Niederland [112]) vereinfachte wenigſtens das Verfahren bei Veräuſſerung der den Minderjährigen zugehörigen Immobilien; aber erſt den Herrſchern jener fran-

107) Code art. 702.
108) Art 703 — 5.
109) Code art. 706 — 709.
110) Code art. 706 — 715.
111) S. Art. 500 u. f.
112) V. 12. Juni 1816 ſ. auch abgedruckt im niederrhein. Archiv I. Bd. S. 148.

zöſiſchen Provinzen, die an deutſchen Staaten durch den letzten Frieden fielen, war es vorbehalten, auf eine zweckmäßige und kräftige Weiſe das Verfahren bei Zwangsveräuſſerungen zu reguliren, und das Verfahren zu vereinfachen, ohne die wohlthätige Schonung des Schuldners zu vernachläſſigen. Für Rheinpreußen geſchah dies durch eine Verordnung v. 1. Aug. 1822, für Rheinbaiern durch ein Geſetz v. 1. Juni 1822, und bei dem letzteren, deſſen Entwurf den Landſtänden vorgelegt war, ſind vorzüglich die Berathungen der Stände merkwürdig [113]. 1) Beide Geſetze fühlten, daß ein Hauptgrund der Gebrechen der franzöſiſchen Execution darin liege, daß nur der Huiſſier die Vollſtreckung leitet; beide haben dadurch zu helfen geſucht, daß ſie anderen Beamten das Geſchäft übertrugen, und zwar das preußiſche Geſetz dem Friedensrichter des Ort, wo die Immobilien liegen, das baieriſche dem Notar [114]. 2) Der Fehler des franzöſiſchen Verfahrens, nach welchem die Verſteigerung nicht am Orte, wo die Güter liegen, geſchehen mußte, wurde vermieden, indem der Verkauf immer nur am Orte der Güter geſchehen muß [115], wodurch unfehlbar ein höherer Preis erzielt wird, als durch die Verſteigerung an einem Orte, an welchem nur Wenige die Güter kennen. 3) Von den Formalitäten der Einleitung hoben beide Geſetze [116] den Akt der Beſchlagnahme

---

113) Es gehören hieher die landſtändiſchen Verhandlungen der zweiten Kammer III. Beilagenband S. 241. und Verhandlungen IV. Bd. S. 94. VI. Bd. S. 182—248. VII. Bd. S. 185. 287.

114) Preuß. Vero. §. I. baier. Art. 3.

115) Preuß. Vero. §. 1. 18. baier. §. 14.

116) Preuß. §. 3. Vergl. 6.

auf, wie dies in der baieriſchen Ständekammer zweck=mäßig in Antrag gebracht war [117]. 4) Durch die Vorſchrift, daß die Verſteigerung am Orte, wo die Güter liegen, geſchehen ſollte, wurden viele nur auf die franzöſiſche entgegengeſetzte Beſtimmung berechnete Förmlichkeiten überflüſſig, insbeſondere die Eintragung der Beſchlagnahme in die Gerichtsſchreiberei, der Fertigung der Auszüge davon und verſchiedener Anheftungen. 5) Die Begründung der Vollziehung geſchieht durch Anmeldung des Gläubigers bei dem Friedensgerichte und in Baiern bei dem Gerichte [118]. In Preußen legt der Gläubiger ſogleich auſſer der Urkunde eine Beſchreibung aller zu veräuſſernden Gegenſtände, Auszüge aus den Steuerrollen, Hypothekenbüchern, die Kaufbedingungen und die Erklärung eines von ihm zu machenden Gebots vor, in Baiern wird von dem Gerichte auf ſummariſche Verhandlung auf ein einfaches Geſuch der Notar zur Leitung der Verſteigerung als Gerichtscommiſſär ernannt. — 6) Das Subhaſtationspatent wird in Preußen von dem Friedensrichter, in Baiern von dem Notar entworfen, nachdem nach baieriſchem Geſetz der Gläubiger zuvor dem Notar die nöthigen Belege übergeben, und der Notar ein vollſtändiges Commiſſionsprotokoll entworfen hat [119]. 7) Statt der vielen koſtſpieligen und unnöthigen franzöſ. Anheftungen des Patents, be=

---

117) Verhandlungen III. Beilagenband S. 246. Es exiſtirt der in den alten Edikten dieſe Förmlichkeit veranlaſſender Grund nicht mehr, und der Zweck der Bekanntmachung an den Schuldner iſt einfacher zu erreichen, nämlich durch Anheftung der Anſchlagszettel ſ. baier. Geſ. art. 8. 10.

118) Preuß. Vero. §. 4. baier. §. 3.

119) Preuß. §. 12. baier. §. 5. 6.

ſchränken beide Geſetze [120]) ſie nur auf die nothwendigſten Orte, z. B. die Gemeinde, wo die Güter liegen, und der Schuldner wohnt. Die unnöthigen Visa, z. B. durch den Bürgermeiſter, fallen weg. Das preuß. Geſetz unterſcheidet wegen der Ausdehnung der Bekanntmachung und der zu ſetzenden Friſten für die Steigerung ſehr weiſe nach dem Werthe der Grundſtücke, nach der Steuer [121]). 8) Statt der dreimaligen Anheftung der Zettel verlangt das baieriſche Geſetz nur einmalige, und ſtatt der drei Bekanntmachungen in den Blättern nur zwei [122]). 9) In der erſten Bekanntmachung fordert nach baier. R. [123]) der Notar den Schuldner, die Hypothekgläubiger und alle Betheiligten auf, in einem beſtimmten Termine vor ihm zu erſcheinen und ihre Einwendungen abzugeben; an dem beſtimmten Tage hält, wenn Einwendungen gemacht werden, der Notar ein Schwierigkeitsprotokoll ab, verſucht unter den Partheien die Güte und nimmt, wenn der Verſuch fehl ſchlägt, alle Einwendungen und Gegenerklärungen zu Protokoll, ſo daß das Gericht darüber entſcheiden kann. 10) Ein Unterſchied der proviſoriſchen und der endlichen Verſteigerung kömmt nach beiden Geſetzen [124]) nicht mehr vor, ſchon die erſte iſt definitiv. Die Form der Steigerung mit drei brennenden Kerzen iſt beibehalten. 11) Statt daß in Frankreich nur Anwälde für die Steigerungs-

---

120) Preuß. §. 13. baier. Art. 7. ꝛc.

121) Preuß. §. 13. wenn die Grundſteuer nur 4 Thlr. jährlich beträgt, ſo iſt der Termin 4 Monate, und 4 Monate wenn die Steuer 160 Thlr. oder mehr beträgt.

122) Baier. Art. 14.

123) Baier. Geſ. Art. 6. u. Art. 31.

124) Preuß. §. 23. 24. baier. Art. 6. 17.

luſtigen bieten dürfen, kann, nach beiden Geſetzen [125]), jeder Bürger ſelbſt oder durch andere bieten; nach baier. Geſetz muß jeder ſogleich den Mandanten nennen, nach preuß. braucht man es nur binnen drei Tagen zu thun. 12) Ein Nachgebot iſt nie zuläſſig [126]). 13) Statt der vielen Nullitäten des franzöſ. Prozeſſes iſt die Zahl ſehr beſchränkt, ihre Vorbringung iſt an kurze Friſten gebunden, eben ſo wie die Appellation gegen die Urtheile wegen Nullitäten, und neue Nichtigkeitsklagen werden in der Appellationsinſtanz nicht gehört [127]). 14) Auch die franzöſ. Diſtraktionsklage (wenn Jemand Anſprüche auf die zu verſteigernden Immobilien behauptet) iſt in ihrer Vorbringung ſo wie in der Appellation beſchränkt [128]). 15) Die Inzidentſtreitigkeiten ſind theils durch das Verfahren vor dem Beamten, theils durch das vor dem Notar aufzunehmende Schwierigkeitsprotokoll, theils durch Beſchränkung auf gewiſſe Friſten der Anbringung, theils durch Vereinfachungen Appellation der beſchränkt oder beſeitigt [129]). 16) Wenn der Erſteigerer die übernommenen Bedingungen nicht erfüllen kann, alſo neue Steigerung eintreten muß, ſo haben die Geſetze [130]) weiſe berückſichtigt, daß es bei dieſer Steigerung nicht mehr auf einen unglücklichen Schuldner, ſondern auf ein Verfahren gegen einen leichtſinnigen oder unredlichen Erwerber ankömmt, der keine Begünſtigung verdient und nur durch eigene Schuld büßt.

---

125) Preuß. §. 22. baier. §. 15.
126) Preuß. §. 24. baier. §. 6.
127) Preuß. Geſ. §. 32. baier. §. 37. 38.
128) Preuß. §. 20. 30. baier. §. 33—36.
129) Preuß. Geſ. §. 19. 27. 31. baier. §. 29—32.
130) Preuß. §. 37. baier. §. 41.

Die bisherige Darſtellung führt auf die Unterſuchung der Vorfrage: wem ſoll die Leitung der Vollſtreckung überlaſſen werden? Soll das Executionsverfahren als eine Fortſetzung des Prozeſſes bei dem bisherigen Richter verhandelt werden wie im deutſchen Prozeſſe, oder ſoll, wie in Frankreich, einem anderen Beamten die Vollſtreckung anvertraut werden? — Der deutſche Prozeß geht von der Vorſtellung aus, daß das Richteramt nicht bloß zum Rechtſprechen, ſondern nur zur Realiſirung ſtreitiger Rechtsanſprüche angerufen werde, daß daher das richterliche Verfahren nicht mit dem Urtheile beendigt ſey, indem dem Sieger nicht mit dem papierenen Urtheile gedient iſt, ſondern er wirklich in den Genuß des zugeſprochenen Rechts kommen will, wozu aber in den meiſten Fällen Zwang nothwendig iſt, über deſſen Anwendung Streit entſteht, der eine richterliche Entſcheidung nothwendig macht [131]. Es läßt ſich nicht läugnen, daß in dieſer Einrichtung viele Gründe bedeutender Gebrechen der Vollſtreckung liegen. Insbeſondere wird dies dann fühlbar, wenn, wie in Deutſchland, bei den Untergerichten noch Verwaltung und Juſtiz verbunden und das Amt mit einer Maſſe von Geſchäften überladen

---

131) Es iſt nicht ſchwierig zu erweiſen, daß weder bei den Römern, noch bei den alten Germanen die Vollziehung der Urtheile als Ausfluß der richterlichen Gewalt angeſehen war, gerade dadurch, daß das vom judex pedaneus oder bei den Germanen von den Schöppen gefällte Urtheil zur Vollziehung an den praetor oder an den deutſchen comes oder den Vorſitzer des Gerichts kam, ergiebt ſich das Gegentheil; allein ſeit der Zeit als die Schöppenverfaſſung verfiel und der landesherrliche Richter auch das Geſchäft der Schöppen übernahm, entſtand die Verbindung des Vollziehungsamtes mit der Richtergewalt.

iſt, welche es kaum möglich machen, mit dem nothwendigen Intereſſe und mit Umſicht um die zweckmäſſigſten Executionshandlungen ſich anzunehmen, ſo daß nur zu oft mechaniſch auf die Geſuche verfügt wird [132]). Durch die Verweiſung der Vollſtreckung an das Gericht erhält leider die Executionsinſtanz den Character eines gewöhnlichen Prozeſſes, in welchem keine andere als von den Anwälden unterzeichnete Geſuche angenommen, und auf jede Schrift mit allen Förmlichkeiten ſchriftlich verfügt wird [133]). Dadurch, daß nur das Gericht über die Anwendung jedes Executionsmittels entſcheidet, und der Executor Aufträge des Gerichts abwarten muß, bekömmt die Individualität des Richters den traurigſten Einfluß, um ſo mehr, als bei der Execution der Richter immer durch zwei Rückſichten — auf den unglücklichen Schuldner, und den berechtigten Gläubiger — ſchwankt, und bei dem beſten Willen oft der Richter ſich nicht von den Einwirkungen ſeiner Gemüthsart losmachen kann, ſo daß der gutmüthige und ſehr zartfühlende Richter leichter den Gläubiger begünſtigen, und Friſten bewilligen wird, während der ſtrenge oder hartherzige Richter ſchonungslos nur das Recht des Gläubigers vor Augen haben wird [134]). Nicht ungegründet iſt es auch, daß die

132) Weber über das baieriſche Credit- und Schuldenweſen S. 192.

133) V. Reibnitz Verſuch über das Ideal der Gerichtsv. 1. Thl. S. 326.

134) Es iſt eine ſehr richtige Bemerkung Webers l. c. S. 193, daß ſelbſt die Erfahrung bald zeigt, welchen Einfluß die Gemüthsart der Richter auf den allgemeinen Credit eines Kreiſes hat, ſo daß die Unterthanen der Landgerichte, welchen das Unglück träger oder gleichgültiger Richter wurde, am wenigſten oder nur unter den härteſten Bedingungen Darlehen erhalten.

Vollziehung, wenn ſie blos den Gerichten überlaſſen wird, das Anſehen des Richteramtes auf manche Art gefährdet, indem bei jeder Vollſtreckung Willkühr darüber entſcheidet, ob Strenge oder Nachſicht eintreten ſoll [135]), und das Gehäſſige, was jede Vollſtrekkung mit ſich führt, auf den Richter zurück wirft. Selbſt für die Partheien, welche über die Executionsweiſe ſich zu beſchweren haben, entſteht mancher Nachtheil, wenn es der Richter iſt, gegen deſſen Verfügungen Beſchwerde erhoben werden ſoll; während viel einfacher die Klage gegen andere Beamte realiſirt werden kann. Wenn man aber auch dieſe Bedenklichkeiten nicht als ungegründet angeben kann, ſo möchte man ſchwerlich zur unbedingten Lobpreiſung der franzöſiſchen Einrichtung kommen. Welche Gebrechen insbeſondere das franzöſiſche Subhaſtationsverfahren an ſich trägt, wird ſchon aus den Verbeſſerungen erſichtlich, zu welchen die beiden obenerwähnten Geſetze ſich genöthigt ſahen. Betrachten wir aber das franzöſiſche Executionsverfahren überhaupt, ſo ſteht 1) die große Verzögerung des Verfahrens und die Koſtſpieligkeit deſſelben im nächſten Zuſammenhange mit der Idee des franzöſiſchen Geſetzgebers, die Einwirkung der Gerichte auf das Verfahren in ſo ferne nicht ſtreitige Zwiſchenfragen vorkommen, abzuſchneiden, als conſequente Folge der franzöſiſchen Anſicht von der Nothwendigkeit der Trennung der Juſtiz und der Verwaltung. Was insbeſondere die Koſten betrifft, ſo iſt es intereſſant von den mit der Ausübung des franzöſiſchen Verfahrens vertrauten Geſchäftsmännern zu erfahren,

135) S. darüber ſehr gute Bemerkungen in den baier. Landtagsverhandlungen von 1822 VI. Bd. S. 234.

daß auch die kleinſte Mobiliarpfändung, ſelbſt wenn nur 5 fl. eingeklagt ſind, vorausgeſetzt, daß keine Reiſegebühren des Huiſſier vorkommen, ſchon 32 fl. 34 kr. koſtet [136]), daß die Koſten der Verſteigerung auch bei dem unbedeutendſten Grundſtücke wenigſtens 300 Franken betragen [137]). Daß nicht ſelten, z. B. wegen einer Forderung von 160 fl. die Koſten der Prozedur der Verſteigerung 242 Gulden betragen können [138]). Daß in einem Falle die Emolumente der Beamten bei der Subhaſtation eines größeren Guts 6000 Fr. erreichten [139]), daß wegen der höchſt unzweckmäßigen Vorſchrift, nach welcher bei der Steigerung nur Anwälde bieten dürfen, die Gebühr des Anwalds blos für das ausgeſprochene Wort 169 Fr. be einem Gutswerth von 20000 Fr. beträgt [140]). Dieſe ungeheueren Koſten ſind durch die zahlloſen Formalitäten veranlaßt, welche das Geſetz vorzuſchreiben für nöthig fand, und deren Beobachtung durch gedrohte Strafe der Nichtigkeit eingeſchärft werden mußte; die Koſten ſteigen aber noch auf eine empörende Weiſe, wenn unglücklicher Weiſe eine von den vielen Formalitäten [141]) vernachläſſigt wird. Vergaß der Huiſſier nur eine Bekanntmachung an einer der vielen im Art. 684 genannten Thüren anzuheften, wurde das *visirt* des

---

136) S. baier. Landtagsverhandlungen IV. Bd. S. 95. VII. Bd. S. 287.

137) Niederrheiniſches Archiv v. Sandt u. Zum-Bach II. Bd. S. 24.

138) Adolay Andeutungen das Juſtizweſen im Rheinkreiſe betreffend (Frankenthal 1820) S. 32.

139) Zum-Bach vollſt. Gegeneinanderſtellung der Hauptmomente der preuß. u. franzöſ. Prozeßo. S. 323.

140) Niederrhein. Archiv III. Bd. S. 363. Not.

141) Zum-Bach vollſt. Gegeneinanderſtellung S. 323.

Bürgermeiſters vergeſſen, wurde von dem Beſchlagnahmsprotokolle nur der Auszug mitgetheilt, ſo wird [142]) das Verfahren nichtig, und der Gläubiger muß von vorne anfangen. Alles dies iſt die conſequente Folge der Anſicht des Geſetzgebers, daß der Huiſſier auf jede Art controlirt und jeder Schritt ihm genau vorgeſchrieben werden muß, um ſeiner Willkühr vorzubeugen. Während in Deutſchland der Gerichtsbote von dem Gerichte in jedem Falle ſeine Inſtruktion für den einzelnen Akt bekömmt, muß in Frankreich das Geſetz eine allgemeine für die ganze Folge der Executionshandlungen nothwendige Juſtruktion dem Huiſſier geben und recht genau Schritt vor Schritt ihm vorſchreiben; es muß, ſtatt daß in Deutſchland der Richter in jedem Falle die Termine ſetzt, hier das Geſetz im Allgemeinen die Termine fixiren, und es kann ſelbſt auf den größeren oder geringeren Betrag der Forderung dabei keine Rückſicht genommen werden, weil auch für die wichtigſte Verſteigerung wie für die geringſte die Vorſchrift paſſen muß. Selbſt die große Zahl der Formalitäten und die Drohung der Nichtigkeit iſt eine conſequente Folge der Ueberzeugung des Geſetzgebers, daß nur dadurch die Willkühr dieſer ſubalternen Perſonen gezügelt und der Huiſſier zur Aufmerkſamkeit geſpornt werden kann. 2) Dieſe Nothwendigkeit auf der einen Seite den Huiſſier zu bewachen und zu controliren, und dadurch die auf der anderen Seite zu ausgedehnt gegebene Gewalt unſchädlich zu machen, fordert im franzöſiſchen Verfahren die Vorſchrift, bei der Subhaſtation mehrere Beamte thätig ſeyn zu laſſen, von welchen einer den andern bewacht, daraus erklären ſich die vorgeſchriebe-

142) Art. 717.

nen Einwirkungen der Greffier, daraus die Visa der Maires. 3) Dadurch, daß eine Perſon, welche kein höheres Anſehen genießt, weder durch ihr Studium, noch durch ihr Amt in den Augen der Partheien beſonderes Vertrauen erweckt, bekömmt das ganze franzöſiſche Executionsverfahren einen gewiſſen mechaniſchen Character, um ſo mehr als das Geſetz ſelbſt nicht der Diskretion, und der Umſicht der Huiſſiers es überlaſſen darf, die Formen nach dem Bedürfniſſe des einzelnen Falles zu modeln, daher der geringſte wie der bedeutendſte Executionsfall nach dem Schlendrian der einmal vorgeſchriebenen Protokolle und der hergebrachten Formularien verhandelt wird. 4) Auch die Stellung des Huiſſier, ſein ganzes Verhältniß zu den Partheien, mit welchen er als eine von den Bürgern gedungene Perſon in vielfachen bürgerlichen Verkehr mit den Unterthanen tritt, erzeugt manche Nachtheile. — Die Partheien gewöhnen ſich daran den Huiſſier als eine von ihnen abhängige Perſon zu betrachten, und ſein Intereſſe nöthigt ihn ſich gut mit den Unterthanen zu halten. So ſteht er als eine leicht zu gewinnende Perſon in der Mitte zwiſchen Sieger und Schuldner, und es hängt von ihm ab, ob er mehr mit Strenge und nachſichtsloſer Härte dem Erſten durch raſche Execution helfen, oder, weil ein größeres Intereſſe ihn zu dem reicheren Schuldner zieht, den Letzteren begünſtigen will. An Mitteln hiezu kann es dem gewandten Huiſſier nicht fehlen; nicht ſelten fleht demüthig der gutmüthige aber minder reiche Gläubiger drei- und viermale bei dem Huiſſier um ihn endlich zur Vornahme der Vollſtreckungshandlungen zu bewegen [143]; und wenn kein anderes Mittel

143) Es iſt nicht zu läugnen, daß auch in Deutſchland die

da iſt, ſo weiß die Praxis ſich gut dadurch zu helfen, daß der Huiſſier aus Gefälligkeit für den Schuldner eine Nullität begeht, die dem Letzteren Gelegenheit giebt, durch einen Zwiſchenprozeß den läſtigen Sieger ſich für einige Zeit vom Halſe zu ſchaffen. 5) Vorzüglich wird es bedenklich dem Huiſſier ſo viel zu überlaſſen, wenn man erwägt, daß im Laufe der Execution häufig Streitigkeiten vorkommen, welche eine Entſcheidung bedürfen; da dem Huiſſier die Entſcheidung derſelben nicht überlaſſen werden kann, da er gar nicht in der Lage iſt, daß von ihm die vorläufige Aufzeichnung der Einwendungen und Gegenerklärungen zu Protokoll erwartet werden darf, ſo daß das Gericht nur auf den Grund des abgehaltenen Protokolls entſcheiden dürfte, ſo entſtehen in dem franzöſiſchen Verfahren ſehr häufig durch Oppoſitionen Stokkungen in der Execution, und zwar nicht ſelten im günſtigſten Momente für den Sieger. Der Schuldner verſucht wenigſtens die Oppoſition, und es iſt bekannt, daß ſich leicht ein Freund des Schuldners auffinden läßt, um mit einem (freilich nur fingirten) Anſpruche aufzutreten, dadurch die Execution zu hemmen, und dem Schuldner Zeit zu verſchaffen. 6) Selbſt darin, daß dem Huiſſier, der für die meiſten Executionsarten durch die bloße Uebergabe des Urtheils als bevollmächtigt gilt, ſo viel anvertraut werden muß, daß der vom Sieger gewählte Huiſſier auch nur zunächſt dieſem Rechenſchaft abzulegen hat, und in der geringen Auf-

---

Willkühr der Unterrichter gefährlich iſt, und daß oft 3—4 Geſuche des Siegers erſt den Richter in Bewegung ſetzen können; allein das iſt eben nicht die glänzendſte Seite des deutſchen Prozeſſes und verdient ebenſo wohl gründliche Verbeſſerung.

ſicht über dieſe Huiſſiers, ſo wie in der durch Belege zu erweiſende nicht ſeltene Klagen, daß der Huiſſier das empfangene Geld vergeudet hat und nicht mehr zu erſetzen im Stande iſt, liegt ein neuer Grund von Bedenklichkeiten [144]).

Soll nun eine genügende Erörterung der Frage geliefert werden: welche Executionsweiſe die zweckmäſſigſte ſey, ſo müſſen zwei Fragen getrennt werden; I. ſoll nur dem Sieger überlaſſen werden, die Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils einem Vollziehungsbeamten zu übertragen, oder ſoll der Sieger ſich an das Gericht wenden, und die Einleitung des Executionsverfahrens dort nachſuchen müſſen? II. Soll die Fortſetzung und die Leitung der Executionshandlungen und die eigentliche Vollziehung dem Gerichte oder einem anderen von dem Gerichte hiezu angeordneten Beamten übertragen werden?

Unbedenklich muß bei der erſten Frage dafür geſtimmt werden, daß der Sieger ſich an das Gericht zu wenden, und den Befehl zu erwirken habe, a) weil in ſo vielen Fällen ſogleich am Anfang der Execution Streitigkeiten entſtehen, z. B. über Umfang der Rechtskraft, über die Liquidität und ähnliche Punkte, welche dann am beſten vorerſt beſeitigt werden können, ohne daß unnütze Executionshandlungen vorauszugehen brauchten; b) weil dem Gericht am beſten zugetraut werden kann, unpartheiiſch und mit Würdigung der einzelnen Fälle die Friſt für die Execution im einzelnen Falle zu beſtimmen; c) weil durch den vom Gerichte ausgehenden Auftrag die ganze nachfolgende Execution eine richtige und mit dem nöthigen Anſehen bekleidete Grundlage erhält; d) weil es dadurch mög-

---

144) S. auch Zum-Bach vollſt. Gegeneinanderſtellung S. 312.

lich wird, einem zweckmäßig auszuwählenden Beamten, der für die ganze Folge im Namen des Gerichts und als Kommiſſär deſſelben handelt, die Vollziehungsakte aufzutragen. Zweckmäßig mag es nur ſeyn, dem Gerichte eine Friſt [145]) zu geben, innerhalb welcher längſtens der Beſchluß auf das Executionsgeſuch gefaßt ſeyn muß. In Anſehung der zweiten Frage iſt es dagegen zweckmäßiger, die Leitung der Execution nur einem als Gerichtscommiſſär handelnden Beamten zu übertragen, an welchen die Parthei ſich zu wenden hat; ihm wird eine umſtändliche Inſtruktion für jede Executionshandlung durch das Geſetz gegeben, nach welchem er handelt, bis der Fall ſtreitig wird; auch dann muß ihm theils das Vermittelungsamt zuſtehen, theils das Recht in einem Protokolle alle Einwendungen und Gegenerklärungen ſo vollſtändig aufzufaſſen, daß das Gericht, an welches das Protokoll von ihm eingeſendet wird, vollſtändig über die Streitfrage zu entſcheiden im Stande iſt. Ein ſolcher Beamte, dem dies Geſchäft aufzutragen wäre, müßte theils einen würdigen Rang in der bürgerlichen Geſellſchaft haben, und von dem Geſetze auch bei anderen Amtsverrichtungen ſo geſtellt ſeyn, daß die Partheien den leitenden Beamten nicht als von ihnen abhängig und ſubordinirt betrachten, vielmehr mit Achtung und Vertrauen ſich an ihn wenden; er muß zugleich mit den nöthigen Rechtskenntniſſen verſehen und in Geſchäften, vorzüglich denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ſo erfahren ſeyn, daß ihm das Gericht die Leitung der Akte, die richtige Würdigung der Verhältniſſe des einzelnen Falles, das Vermittlungsamt

145) Das baieriſche Geſetz über d. Zwangsveräuſſerungen §. 3. giebt hiezu dem Gerichte 8 Tage.

und eine Art von Inſtruktion zur Aufnahme der Einwendungen anvertrauen kann. Entweder kann nun, wie nach dem rheinpreußiſchen Geſetze, das Geſchäft dem Friedensrichter, oder, wie nach dem rheinbaieriſchen Geſetze, dem Notar, oder, wie nach dem würtembergiſchen Geſetze [146]), der Ortsobrigkeit, oder, wie nach dem Vorſchlage des Hrn. v. Reibnitz [147]), einer Jury übertragen werden. Für den erſten Vorſchlag ſpricht, daß der Friedensrichter ohnehin eine Gerichtsperſon iſt, und die nöthigen Eigenſchaften beſitzt, vorzüglich am geeignetſten wegen der Vermittlung iſt; für die Uebertragung des Geſchäfts an den Notar aber ſpricht, daß der Notar ohnehin nach franzöſiſchem Rechte [148]) ein ähnliches Geſchäft in einigen Fällen hat, daß dadurch der Grundſatz der Reinheit der Juſtiz beſſer durchzuführen iſt, und daß der Notar wegen ſeines Geſchäftskreiſes am leichteſten die Executionshandlungen vornehmen und Förmlichkeiten beobachten kann, insbeſondere zu Verſteigerungen beſſer als der Friedensrichter paßt, weil der Steigerungsakt doch kein richterlicher genannt werden kann. Vorzüglich aber ſcheint der Notar geeigneter zu ſeyn, wenn man an die Frage kömmt, ob der Gläubiger die nöthigen Auszüge aus den Steuerrollen, aus dem Hypothekenbuche, die Kaufsbedingungen, Güterbeſchreibungen beibringen und nur dem Beamten übergeben ſoll, oder ob der Beamte ſelbſt für die Beibringung dieſer Punkte ſorgen ſoll; das Erſte iſt in Rheinpreußen und zwar ganz conſequent vorgeſchrieben, weil dem Friedensrichter, als einem Richter, nicht zu-

146) Organiſationsedikt v. 31. Dez. 1818 §. 187.
147) Verſuch über das Ideal einer Gerichtsordn. I. Thl. S. 327—30.
148) Code civil art. 837.

gemuthet werden kann, die zur Beibringung gewöhnlich nothwendigen Schritte und Gänge zu machen; das Zweite liegt dagegen in Baiern dem Notar ob, und hier ſey es erlaubt zu bemerken, daß die baieriſche Einrichtung den Vorzug verdient, weil nur dem Notar als dem mit ſolchen Geſchäften vertrauten Manne es leicht möglich wird, die nöthigen Auszüge beizubringen, weil er ſogleich das Beigebrachte prüfen und ſich brevi manu überzeugen kann, ob nichts fehle, während theils der unerfahrene und oft nicht gebildete Gläubiger, wenn er für Alles ſelbſt ſorgen ſoll, einer koſtſpieligen Mittelsperſon und eines Rathgebers ſich bedienen, weit mehr Mühe anwenden muß, bis er die Belege zuſammenbringt, und ſehr häufig der Friedenrichter das Beigebrachte nicht als genügend erkennen wird, ſo daß nur Zeit verloren wird. — Was die Anſicht betrifft, die Execution dem Ortsrichter oder der Gemeindeobrigkeit zu überlaſſen, ſo iſt zwar viel dafür zu ſagen, allein nicht ohne Grund muß man beſorgen, daß theils dieſe aus dem Stande der Partheien gewählte Obrigkeit, die in bürgerlichen Verhältniſſen zu ſehr mit den Partheien leben muß und nicht unabhängig genug iſt, nicht die nöthige Energie anwenden wird, um dem Sieger zu helfen, daß theils die gewöhnlich nicht rechtsgebildete Gemeindeobrigkeit nicht im Stande iſt, im Falle von Streitigkeiten auf eine völlig genügende Weiſe die Verhandlung ſo zu inſtruiren, daß das Gericht darüber entſcheiden kann. Nur dann, wenn die Gemeindeverfaſſung ſo gut organiſirt iſt, daß dieſe Bedenklichkeiten gehoben werden können, würde für die Uebertragung der Execution an die Gemeinden geſprochen werden können. Der Vorſchlag v. Reibnitz kömmt in manchen Beziehungen dem ebenerwähnten nahe; v. Reibnitz führt dafür

noch an, daß nur dadurch, daß die von ihren Mitbürgern gewählten Geſchwornen am beſten Kenntniß von den Vermögensverhältniſſen der Partheien haben, daher die geeigneteſten ſind, um die zweckmäßigſten ſchnellwirkenden und zugleich dem Schuldner am wenigſten läſtigſten Executionsmittel zu wählen, daß ſelbſt, wenn die Jury exequire, nicht ein gefühlloſer Scherge, wie v. Reibnitz ſagt, in das Innere der Familien eindringe, ſondern hier ein Mitbürger als ein Freund handle, in deſſen Hände beide Theile gerne ihr Intereſſe legen würden. So anziehend von dem würdigen Standpunkte aus, der die Menſchen auffaßt wie ſie ſeyn ſollten, dieſer Vorſchlag erſcheint, ſo große Bedenklichkeiten dringen ſich dann auf, wenn man die Menſchen betrachtet wie ſie ſind. Leider iſt, wenn es auf die Execution ankömmt, in der Regel nicht mehr der Freund am Platze, in deſſen Hände beide Partheien ihr Schickſal legen; es ſtehen ſich vielmehr häufig zwei erbitterte und nicht ſelten von dienſtfertigen oder eigennützigen Rathgebern verleitete Partheien gegenüber, welche möglichſt einander zu chikaniren ſuchen, und denen nur Ernſt und eine vom gehörigen Anſehen umgebene Strenge entgegenwirken kann. Wir wagen ſehr zu zweifeln, ob nach den Verhältniſſen des Volkes von einer Jury die nöthige Kraft erwartet werden kann; wir zweifeln ſelbſt, eingedenk wie ſehr die Bürger gewöhnlich von allen gehäſſigen Geſchäften ſich loszumachen ſuchen, an der Möglichkeit, eine Jury auf eine ſolche würdige Weiſe zu beſetzen, daß ſie unzugänglich einem falſchen Mitleiden die Intereſſen des Gläubigers und Schuldners in Harmonie zu bringen weiß. Wir beſorgen ſelbſt, daß der unvermerkt ſich einſchleichende Kollegialgeſchäftsgang die nothwendige Schnelligkeit des Verfahrens hindern wird, und glau-

ben, daß dieſe nicht gebildete Jury nicht im Stande iſt, zweckmäßige Verhandlungen zu leiten, daß ſelbſt die als Vortheil gerühmte Kenntniß von der Individualität der Partheien eine gefährliche Willkühr begünſtigt. So ſcheint der Notar oder unter gewiſſen Vorausſetzungen die Gemeindeobrigkeit die zweckmäßigſte Executionsbehörde zu ſeyn.

Wenden wir uns nun zu den einzelnen bei der Execution vorkommenden Fragen, ſo ſtoßen wir 1) auf die Frage: ob das Recht des Siegers aus einem rechtskräftigen Urtheile ſogleich Execution zu verlangen, an eine gewiſſe Zeit gebunden werden ſoll, z. B. wie nach preußiſchem Rechte [149]), oder ob, wie nach franzöſiſchem und gemeinem deutſchen Rechte die Execution zu jeder Zeit nachgeſucht werden kann [150]). Das erſte iſt in neuerer Zeit von Zum=Bach [151]), das zweite dagegen von Reibnitz [152]) vertheidigt worden. Wenn der Erſte die Beſorgniß hat, daß der Sieger ſonſt leicht bis zu dem Momente die Vollziehung des Urtheils aufſchieben werde, in welchem für den Schuldner der Vollzug gerade am ungünſtigſten ſeyn würde, ſo möchten theils ſolche Fälle ſehr ſelten ſeyn, in welchen der Sieger nach ſo langer Zeit des Wartens noch den Vollzug aufſchieben möchte; dagegen aber entſcheidet die Rückſicht, daß dem Sieger, welcher ſich das

149) Nach Gerichtso. Tit. XXIV. §. 3. muß der Sieger binnen einem Jahr vom Urtheil an auf Execution dringen, ſonſt muß er auf das Neue (obwohl executiviſch, wenn er innerhalb 5 Jahren klagt) Klage ſtellen.

150) Nach Art. 156 Code de proc. muß nur die Execution eines Contumacialurtheils binnen 6 Monaten begonnen werden.

151) Zum=Bach vollſt. Gegeneinanderſtellung S. 310.

152) V. Reibnitz Ideal einer Gerichtso. I. Thl. S. 315.

Recht auf Execution ſo mühſam erworben hat, dieſe Befugniß nicht verkümmert werden darf, und daß in der Regel der Schuldner nur gewinnt, wenn die Vollſtreckung des Urtheils aufgeſchoben wird; daß daher dem Sieger ohne Grund die Laſt einer neuen Prozeßführung aufgebürdet wird, wenn er nicht zu jeder Zeit Execution nachſuchen darf. — 2) Bei der Frage: ob der Richter auf das Executionsgeſuch erſt dem Schuldner eine Friſt zur freiwilligen Erfüllung mit Androhung der Execution ſetzen ſoll, darf zwar nicht unbeachtet bleiben, daß der Schuldner, ſobald das Urtheil gefällt war, voraus ſehen konnte, daß die Vollſtreckung eintreten würde, und daß eine längere Zögerung und Androhung überflüſſig ſcheint; allein unter der Vorausſetzung, daß die Friſt nicht zu lange dauert, muß doch die Feſtſetzung einer ſolchen empfohlen werden [153]), wenn nur der Executionsſucher ſogleich in der erſten Schrift an das Gericht das beſtimmte Executionsmittel in Vorſchlag bringt und das Gericht, indem es die Friſt ſetzt, zugleich, wie es z. B. in Preußen und in Mecklenburg geſchieht, die beſtimmte Execution ſchon ſo androht, daß nach dem Verlaufe der Friſt ohne ein neues Geſuch des Siegers an das Gericht die Vollſtreckung eintritt. Auch muß mit der Drohung der Auftrag gegeben ſeyn, daß der Schuldner alle ſeine etwaige Einreden auf einmal (hier wirkt die Eventualmaxime trefflich) in beſtimmter Friſt beibringe. Auch kann zweckmäſſig das Gericht ſchon den Beamten benennen, welcher die Vollſtreckung nach dem Ablaufe der Friſt zu leiten hat. 3) In Anſehung der

---

153) S. auch v. Gönner Com. zum baier. Geſetze v. 1819 S. 414.

Frage: ob dem Sieger die Wahl gelaſſen werden ſoll die Mobilien oder Immobilien anzugreifen [154]), oder ob, wie in allen deutſchen Geſetzbüchern geſchieht, eine Stufenfolge ſo eintreten ſoll, daß erſt die Mobilien und dann erſt die Immobilien angegriffen werden ſollen, hängt zwar die Antwort mit dem Daſeyn einer Hypothekenverfaſſung zuſammen, und unbedenklich muß der inſkribirte Gläubiger das Recht haben, das ihm verhypothezirte Grundſtück ſogleich anzugreifen; im Gegentheile aber iſt die Stufenfolge des deutſchen Rechts gewiß zu empfehlen, weil jedes überflüſſige Mittel auch ungerecht iſt, weil der Staat auch das Intereſſe hat, die Exiſtenz einer Familie, welche oft allein an ihren Grundbeſitz geknüpft iſt, zu erhalten, und ſo lange abzuwenden als noch andere Mittel vorhanden ſind, den Sieger zu befriedigen, weil endlich nicht ſelten Neid und Habſucht Gelegenheit finden würden, ein willkommenes und lange begehrtes Grundeigenthum des Nachbars wohlfeil an ſich zu bringen. Dagegen ſcheint es nicht zweckmäßig die Ordnung ſo vorzuſchreiben, daß zuerſt die Mobilien, dann Immobilien und dann erſt die ausſtehenden Aktivforderungen des Schuldners angegriffen werden ſollen. Wenn zwar v. Gönner [155]) dieſe Ordnung dadurch rechtfertigen will, daß ſie zum Vortheile des Gläubigers an den letzten Platz geſtellt ſey, weil Niemand ſchuldig ſey ſich an einen anderen Schuldner verweiſen zu laſſen, und ſolche Forderungen mit den anderen Schuldnern erſt ausgeſtritten werden müßten, ſo entſcheidet dagegen die Rückſicht, daß dem Gläubiger doch ſchnel-

---

154) S. auch Code Napoléon Art. 2204—9.
155) In den Motiven zum Prozeßentwurf S. 886.

ler durch Angriff der Forderungen geholfen werden kann, als durch die mit ſo vielen Förmlichkeiten umgebene Subhaſtation; auch kann es vorzüglich, wenn die Aktivforderung des Schuldners hypothekariſch inſkribirt iſt, nicht mit Beſchwerlichkeiten verbunden ſeyn, durch den jenſeitigen Schuldner Befriedigung zu verſchaffen. Am beſten wird jedoch die Geſetzgebung dem Gläubiger die Wahl laſſen, ob er an die Immobilien oder an die Aktivforderungen ſich halten will. 4) Was die einzelnen Executionsmittel betrifft, ſo haben ſich als Ueberbleibſel älterer Anſichten einige eingeſchlichen, welche keine Beibehaltung verdienen; insbeſondere die Einlegung eines Executors, und der perſönliche Arreſt; die erſte iſt eben ſo unzweckmäßig als ungerecht, ſie macht dem armen Schuldner, der aus Geldmangel nicht zahlt, neue Koſten, und bewirkt, daß er noch weniger zahlen kann, und nützt nichts gegen den trotzigen Schuldner, weil er lieber die Executionsgebühr zahlt, während die Auspfändung ihn mehr beſchämen und eher zur Zahlung bewegen würde [156]. Der perſönliche Haft iſt kein mit der erwachten Einſicht in die Nothwendigkeit des Schutzes bürgerlicher Freiheit und mit der Natur der Rechte, welche im Civilprozeß in Frage ſtehen, zu vereinigendes Executionsmittel [157]. Soll es als Strafe des Schuldenmachens und der Weigerung zu zahlen betrachtet werden, ſo kann eine weiſe Geſetzgebung die Strafanwendung nicht von dem Willen des Gläubigers abhängig machen, um ſo weniger, als jede Stra-

---

156) S. auch v. Gönner in den Motiven S. 883.
157) S. auch v. Reibnitz Verſuch über das Ideal I. S. 321.

ſe eine ihrer Größe nach beſtimmter ſeyn muß, dieſer Arreſt aber Jahrelang [158]) dauern kann, wenn er bis zur Erfüllung dauern ſoll. Auch iſt es zu ſchwierig, eine wahre Schuld und einen ſtrafbaren böſen Willen des nicht zahlenden Schuldners auszumitteln, ſo daß nicht ſelten nur Unglück und Zufall beſtraft würden. Wird aber die Haft als ein Executionsmittel betrachtet, ſo iſt ſie höchſt unzweckmäßig, indem ſie dem Verhafteten noch das letzte Mittel raubt in ſeiner Freiheit ſich etwas zu verdienen oder Zahlungsmittel ſich zu verſchaffen, daher höchſtens darauf berechnet ſeyn kann, die Verwandten und Freunde des Gefangenen zu nöthigen, ihn zu befreien; noch unzweckmäßiger wird das Mittel dadurch, daß der Gläubiger genöthigt iſt, den Unterhalt für den Verhafteten vorzuſchießen, und bei fortdauernder Zahlungsunfähigkeit entweder conſequent der Gefangene lebenslänglich eingeſperrt gehalten werden oder zuletzt der Gläubiger, nachdem er unnöthige Koſten gehabt hat, in die Befreiung einwilligen muß. In den meiſten Fällen wird nur Leidenſchaft und Rache den Gläubiger bewegen, von einem ſolchen unſicheren Mittel Gebrauch zu machen. Eine abweichende Anſicht erzeugt nur das Wechſelinſtitut, welches für den Credit des Kaufmanns, das ſeyn muß, was das Hypothekeninſtitut für den Realcredit der übrigen Bürger iſt. Hier bedarf es für die kaufmänniſche Ehre eines Stachels, und Perſonalarreſt wird das einzige Mittel ſeyn, welches der Kaufmann ſcheut, nicht wegen des Verluſts der Freiheit, ſondern wegen der Folgen, welche nach kaufmänniſchen Anſichten der erkannte Arreſt auf den Credit des Kauf-

158) S. zwar Beſchränkungen in der preuß. Gerichtsordn. Tit. XXIV. §. 146.

manns hat. Hier aber nur, wenn das Mittel auf den traſſirten Wechſel und die Wechſelfähigkeit auf wahre Kaufleute beſchränkt wird; mögen ſtaatswirthſchaftliche und politiſche Gründe die Beibehaltung des Arreſts rechtfertigen. Dagegen ſollte ein leider oft vernachläßigtes Executionsmittel öfter gebraucht werden, das der Immiſſion des Gläubigers, wenn zwar das preußiſche Geſetz [159]) gegen die Immiſſionen der Gläubiger für eigene Rechnung ſich erklärt, wo denſelben das Grundſtück zur eigenen Adminiſtration und Nutzniessung ohne Pflicht der Rechnungsablage eingeräumt wird, — wenn das Geſetz als Gründe dagegen die Unzuverläſſigkeit der Nutzungsanſchläge, die vielen Veränderungen im Ertrage der Landgüter und die unvermeidlichen Verkürzungen des Gläubigers oder des Schuldners anführt, wenn dagegen das Geſetz die Sequeſtration zuläßt, und dem Gläubiger, jedoch wie einem anderen Sequeſter, die Führung der Wirthſchaft geſtattet, ſo kann dies nur die Immiſſion treffen, wo der Gläubiger frei ſchalten und walten kann ohne Rechnungspflicht, nicht aber die, wo der Gläubiger wie ein anderer Adminiſtrator behandelt wird [160]), über die Subſtanz nicht verfügt und gewiſſenhaft Rechnung ablegen muß; insbeſondere ſcheint es zweckmäſſig, die Immiſſionen als proviſoriſche Maaßregel zu geſtatten, wenn dem Schuldner ein Termin zum Selbſtverkauf gegeben wird [161]), und dem Schuldner zu erlauben, zur Abwendung der Subhaſtation, auf

---

159) Gerichtsordn. Tit. XXIV. §. 118.

160) Sehr begünſtigt iſt die Immiſſion in der Anhalt. Geſetze im Anhang v. 1822 cap. XII. §. 29.

161) Dies ſchreibt vor die baier. Novelle v. 22. Juli 1819 §. 32.

Immiſſion anzutragen, wenn er durch zuverläſſige Urkunden beweiſen kann, daß der von allen Laſten freie Ertrag eines Jahres von dem Gute zur Zahlung der Schuld hinreiche [162]).

5) Eine vorzügliche Begünſtigung verdient die Execution wegen rückſtändigen liquiden Zinſen, insbeſondere von inſkribirten Hypothekkapitalien. Es iſt ein großer Fehler der Praxis, dieſe Vollſtreckung mit der wegen anderer Geldſchulden gleichförmig zu behandeln; — da der Schuldner ein Jahr voraus den Zahlungstermin kannte, und ſich Zahlungsmittel verſchaffen konnte, ſo iſt eine längere neue Friſt völlig zwecklos, und es iſt weiſe, höchſtens, wie die baieriſche Hypothekenordnung es thut [163]), auf die geſtellte Klage ſogleich Termin von acht Tagen ſetzen zu laſſen, nach deren Verlauf, ohne daß eine andere Einrede, als die durch Urkunden auf der Stelle zu beweiſende, die Vollſtreckung aufhalten kann, die Execution eintritt [164]). Dieſe ſchnelle Execution muß jedoch nur auf die Zinsrückſtände höchſtens der letzten zwei Jahre beſchränkt werden.

6) In Anſehung der Execution der Mobilien, iſt zwiſchen der ſcheinbar ſchnellen und ſtrengen franzöſiſchen Executionsweiſe, und der deutſchen langſamen und milden Art zu wählen. Die letzte läßt die

---

162) Dies geſtattet die baieriſche Hypothekenordn. v. 1. Jun. 1822 §. 64.

163) Hypothō. §. 52.

164) Bei den Berathungen (ſ. Landtagsverhandlungen III. Bd. S. 385 u. IV. Bd. S. 45) wurden zwar Einwendungen gemacht, indem der Landmann leicht zur ungünſtigſten Zeit ſeine Früchte hinſchlagen müßte, wenn nur ein ſo kurzer Termin ihm gegeben wäre.

gepfändeten Mobilien bei Gericht bewahren, und zwar einige Zeit [165]), innerhalb welcher der Schuldner ſie noch einlößen kann; in der Zwiſchenzeit tritt Taxation durch Sachverſtändige ein; gewöhnlich wird dann die Fahrniß dreimal öffentlich ausgeboten, oder förmlich ſubhaſtirt. Mit Unrecht würde man aber glauben, daß die franzöſiſche Auspfändung kürzer dauerte, und weniger koſtſpielig als die deutſche wäre; der Fehler iſt, daß die meiſten Fälle gleichförmig behandelt, und an die nämlichen Termine und Formalitäten gebunden ſind; betrachte man einen Fall, in welchem wegen 20 fl. Mobilien zu verſteigern ſind, ſo kommen offenbar zu viele unnöthige Formalitäten vor; was ſoll der Gardien, der in der Zwiſchenzeit aufzuſtellen iſt, und bezahlt werden muß? warum ſoll für den unbedeutendſten Gegenſtand eine Verſteigerung eintreten? wozu der Anſchlag an vier oder fünf verſchiedenen Orten, ſo daß der Huiſſier für jeden abgeſondert bezahlt wird? wozu ſoll in unbedeutenden Fällen die koſtſpielige Bekanntmachung in den Zeitungen dienen? Dagegen iſt auf der anderen Seite dem Huiſſier wieder zu große Gewalt eingeräumt und eine große Härte begünſtigt, indem es nur von ihm abhängt, dieſe Gegenſtände, wie es ihm gefällt, zu pfänden, und bei der Verſteigerung die Gegenſtände auch um den unbedeutendſten Werth dem Meiſtbietenden zugeſchlagen werden müſſen. Es ſcheint, daß die deutſchen wie die franzöſiſchen Vorſchriften darin fehlen, daß ſie zu ſehr die verſchiedenen Fälle gleich behandeln, und gewiß ver-

165) Z. B. in Sachſen 4 Wochen oder 14 Tage. Kori ſächſ. Prozeß S. 342.

dient die Rückſicht des preuſſiſchen Geſetzgebers [166]), Nachahmung in ſo ferne der Werth des Gepfändeten entſcheidet. In allen Fällen, wo das Gepfändete einen gemeinen Marktpreis hat, ſollte es keiner Bekanntmachung bedürfen, ſondern die Sache ſoll auf dem öffentlichen Markte wie andere Gegenſtände der Art verkauft werden: die Friſt für den Verkauf muß verſchieden ſeyn, nach dem Werthe der Sache, auch hängt davon die Zahl und die Art der Bekanntmachungen ab; ſtatt der öffentlichen Anſchläge, die Niemand lieſ't, würde beſſer öffentliches Ausrufen eintreten, insbeſondere bei Gegenſtänden, die zu den Bedürfniſſen des gewöhnlichen Lebens gehören; eine Taxation iſt unnöthig, wenn man nicht am Schluſſe bei der Verſteigerung geſtatten wollte, den Zuſchlag zu hindern, wenn er unter einem gewiſſen Preiſe iſt. Sind ſelten werthvolle Gegenſtände gepfändet, z. B. Juwelen oder Dinge, die nicht zu den gewöhnlichen Lebensbedürfniſſen gehören, ſo könnte zweckmäßig das Verfahren wie bei Verſteigerung der Immobilien eintreten [167]).

7) Die größte Sorgfalt des Geſetzgebers verdient unfehlber die Subhaſtation unbeweglicher Güter. Wir haben ſchon oben den Vorſchlag gemacht, die Leitung und Fortſetzung des Verfahrens einem vom Gerichte zu beſtellenden Notar zu überlaſſen; allein es kommen noch mehrere nicht unbedeutende Punkte zur Berückſichtigung vor. a) Es iſt faſt allgemein gewöhnlich, den ſogenannten Mittelpreis, welchen die Taxatoren angaben, bei der Steigerung zum Grunde zu legen, und denſelben, wie es heißt pro primo li-

166) Gerichtsordn. Tit. 24. §. 78—92.
167) S. auch preuß. Gerichtso. Tit. 24. §. 82.

cito auszurufen; um dieſen Preis wird dann, wenn ſich Niemand meldete, das Gut dem Gläubiger zugeſchlagen. Dies Verfahren verdient keine Empfehlung, weil nach der Erfahrung, wenn die Güter zu hoch aufgeworfen werden, im Steigerungstermine Niemand kömmt oder Niemand bietet, ſo daß neue Steigerungstermine angeſetzt werden müſſen, und weil dadurch dem Gläubiger, der das Gut um den taxirten Preis häufig nicht annehmen kann oder mag, ein großer Nachtheil zugeht. Sehr zweckmäßig hat ein *naſſauiſches Geſetz*[168] dies Verfahren aufgehoben und dagegen, mit weiſer Berückſichtigung der Erfahrung, nach welcher, wenn mit einem geringen Preiſe angefangen iſt, der Preis durch das Bieten gewöhnlich hoch geſteigert wird, vorgeſchrieben, daß von dem taxirten Mittelpreiſe[169] der vierte Theil abgezogen und um die übrigen $\frac{3}{4}$ das Gut aufgeworfen werden ſoll. b) Die Praxis[170] giebt häufig den Schuldnern ehe zur Steigerung geſchritten wird, einen drei bis ſechs monatlichen Termin zum Selbſtverkauf; und giebt als Grund dafür an, daß der Schuldner unter der Hand leichter einen beſſeren Käufer findet, als bei der Zwangsverſteigerung, und durch theilweiſe Veräuſſerung oft Gelegenheit zur Befriedigung des

---

168) Vom 20. Febr. 1751 in der Sammlung der landesh. Edikte u. Verordn. I. Thl. S. 96.

169) Das Geſetz gebietet auch den Taxatoren zu eröffnen, daß ſie ihre Rückſicht auf alle Umſtände des in Anſchlag zu bringenden Guts, auf die Lage der Gebäude, ob ſie zur Betreibung bürgerlicher Nahrung bequem gelegen u. A. richten ſollen.

170) Das baier. Geſetz v. 22. Jul. 1819 §. 32. beſtätigt dieſe Praxis.

Gläubigers erhält; erwägt man aber, wie die Schuldner nach bekannter Erfahrung dies Mittel mißbrauchen, wie nachtheilig es für den Gläubiger iſt, noch ſechs Monate warten zu müſſen, wie der Schuldner nicht ſelten mit Freunden Verabredungen trifft, nach welchen am Ende des Termins ein angeblicher Käufer auftritt, und nach langen Unterhandlungen doch zur Subhaſtation geſchritten werden muß, ſo verdient dieſe Schonung kaum eine Nachahmung, und könnte höchſtens bei großen Gutskomplexen und dann, wenn der Schuldner durch Urkunden die bereits begonnenen Kaufsverhandlungen beweiſen könnte, geſtattet werden; jedoch immer unbeſchadet des Rechts des Creditors Immiſſion zu verlangen. c) Nicht ohne Intereſſe iſt die Frage: ob der exequirten Parthei geſtattet werden ſoll, die Taxation des Gutes anzufechten. Von neueren Geſetzen geſtattet dies die kurheſſiſche [171]) und die anhaltiſche [172]). Wenn zwar der Fall leicht eintreten kann, daß die Rechte des Schuldners durch eine zu geringe Taxation ſehr beeinträchtigt werden, um ſo mehr als die Taxe auf den Zuſchlag Einfluß hat, ſo iſt doch vorauszuſehen, daß dies Mittel von den Schuldnern ſehr mißbraucht werden wird, um ſo leichter als die Anſichten über Güterwerth ſehr ſchwanken und es dem Schuldner nicht ſchwer fallen wird, ein Paar ihm günſtige Sachverſtändige aufzuſtellen. Erwägt man, daß die nachfolgende Verſteigerung am beſten lehrt, welchen reellen Werth das Gut hat, giebt man der Parthei das Recht, ſchon zur erſten Wahl der Sachverſtändigen zu concurriren, wird ſie ſelbſt dabei be-

171) Heſſen-Caſſel. Verv. v. 5. Oct. 1821 §. 2.
172) Anhaltiſche Erläuterungen zur Prozeßo. cap. XII. §. 31.

günſtigt, ſo bedarf es keiner Vorſchrift, welche der Parthei das Anfechtungsrecht der Taxation gewährte, auſſer für den Fall, wenn der Schuldner ſogleich erweiſen könnte, daß die Schätzer beſtochen waren. d) Was die Art der Bekanntmachung und die Formen betrifft, ſo iſt es ein großer Fehler, daß für alle Immobilien eine gleiche Form vorgeſchrieben und angewendet wird. Es iſt völlig nutzlos und nur Zeit- und Koſtenraubend, auch die Verſteigerung eines Ackers von zwei Morgen in zwei oder drei Zeitungen einrücken zu laſſen, weil man voraus ſehen kann, daß Niemand aus der Ferne zum Kaufe eines ſolchen Güterſtücks erſcheinen wird, und für die einzigen Käufer, nämlich für die Einwohner der nämlichen Gemarkung, es der Zeitung zur Bekanntmachung nicht bedarf. Die baieriſche Geſetzgebung [137]) liefert hier eine wohl zu beachtende Unterſcheidung von geringſchätzigen und hochgültigen Gütern, wovon die erſten diejenigen ſind, welche auf dem offenen Markte, auf welchem es verſteigert werden ſoll, wegen ſeiner Brauchbarkeit und des geringen Kaufſchillings Käufer finden wird, während zu den zweiten diejenigen gehören, deren hoher Werth die Geldſumme der gewöhnlichen Marktkäufe überſteigt, und deren Brauchbarkeit nicht allgemein, ſondern nur für die mit gewiſſen Eigenſchaften verſehenen Perſonen iſt; zu den letzten gehören, z. B. adeliche Güter, Fabrikken, große Brauhäuſer und große Oekonomiecomplexe. Bei dieſen kann nur durch eine ausgedehnte Bekanntmachung in vielen Zeitungen ein hoher Preis erzielt

---

173) S. eine gute Entwickelung in Miltner der baieriſche Gantprozeß (Landshut 1814) S. 153 u. 166.

werden, und hier mögen dreimalige Bekanntmachungen in angemeſſenen Terminen vorgeſchrieben werden; bei den Gütern der erſten Art aber muß die Bekanntmachung auf die Klaſſe von Perſonen berechnet ſeyn, welche Antheil am Kaufe nehmen werden, und öffentliches Ausrufen in den benachbarten Gemeinden, zwei- oder dreimaliges Anſchlagen des Patents an Wirthshaus- und Rathhausthüren von einem Markttag oder Sonntage zum anderen iſt viel zweckmäßiger als die theuern und (weil ſolche Einrückungen oft nicht ſogleich erfolgen) verzögerlichen Bekanntmachungen durch Zeitungen. e) Die in manchen Geſetzbüchern [174]) vorkommende Beſtimmung eines Termins zwiſchen dem Tag der Bekanntmachung und der Subhaſtation (z. B. von zwei Monaten) iſt aus dem bisher Angeführten nicht zweckmäßig, weil bei unbedeutenden Gütertheilen eine drei Wochen voraus beſtimmte Bekanntmachung völlig genügt, während für große Gutskomplexe kaum eine Friſt von vier Monaten hinreicht. f) Eine Hauptfrage bleibt immer: ob bei jedem auch noch ſo geringen Werthe dem Meiſtbietenden das Gut zugeſchlagen werden, oder bei welchem Werthe dies geſchehen ſoll? Die Erfahrung lehrt, daß ſehr häufig durch Wiederholung der Subhaſtation kein höherer Preis erzielt wird, ſo daß nur unnöthige Koſten und Zeitverluſt entſteht; dagegen iſt aber auch bekannt, daß nicht ſelten ein Steigerungsluſtiger durch verſchiedene Mittel die übrigen von der Steigerung abzuhalten oder in Verbindung mit ihnen einen geringen Preis hervorzubringen weiß; ſollte nun um jeden Preis dem Meiſtbietenden das Gut zugeſchlagen werden, ſo würde der

---

174) Z. B. auch heſſ. Vero. §. 10. anhaltiſche §. 33.

Schuldner oft ſehr empfindlich verletzt werden können. Die Mittel zur Vermeidung der Härte wären entweder nach dem (durch Erfahrung als unzweckmäßig dargeſtellten) franzöſiſchen Vorbilde eine proviſoriſche Verſteigerung von der definitiven zu trennen, oder den Zuſchlag von der Bedingung abhängig zu machen, wenn innerhalb einer Zeit (z. B. ſechs Wochen) vom Schuldner oder einem Gläubiger ein beſſerer Käufer geſtellt wird [175]), oder den Zuſchlag dann nur erkennen zu laſſen, wenn das Meiſtgebot einen gewiſſen Theil der Taxe, z. B. $\frac{3}{4}$ der Taxe [176]) oder $\frac{2}{3}$ [177]) erreicht.

Nach dem erwähnten heſſiſchen Geſetze tritt der Zuſchlag im erſten Steigerungstermine nicht ein, wenn nicht das Meiſtgebot den abgeſchätzten Werth erreicht oder Gläubiger und Schuldner den Zuſchlag verlangen; im zweiten Steigerungstermin wird zugeſchlagen, wenn $\frac{2}{3}$ der Schätzung geboten ſind, ſonſt kömmt es zum dritten Termine, in welchem der Zuſchlag immer erfolgt, nur mit dem Zuſatz, daß, wenn unter $\frac{1}{2}$ der Schätzung geboten iſt, der Schuldner zur Einlöſung Friſt von zwei bis drei Monaten erhält. Nach baieriſchen Geſetzen [178]) erfolgt der Zuſchlag, wenn das höchſte Angebot den vorher gerichtlich herzuſtellenden Schätzungspreis erreicht; auſſerdem kann jeder Betheiligte noch die zweite unter eben dieſer Vorausſetzung die dritte Steigerung verlan-

175) Dies geſchieht z. B. in der fränkiſchen Executionsordn. v. 26. Auguſt 1805 §. 14.
176) Z. B. nach den anhaltiſchen Geſetzen, ſ. Anhang cap. 12. §. 35.
177) Heſſiſche Vero. §. 8.
178) Hypothekenordnung §. 64.

gen. — Unfehlbar ſteht dieſer Punkt mit den Grundſätzen über das Einlöſungsrecht des Schuldners in Verbindung, wohl mag es zweckmäßig ſeyn, in der erſten Verſteigerung, wenn nicht $\frac{3}{4}$ des geſchätzten Preiſes erzielt werden, den Zuſchlag nicht erfolgen zu laſſen; dagegen ſoll die zweite Verſteigerung definitiv ſeyn, weil die Erfahrung lehrt, daß in der Regel das Daſeyn geringer Gebote ihren Grund entweder in temporären Verhältniſſen der Geldnoth oder augenblicklichen Sinkens des Werths der Güter haben oder durch Colluſionen der Steigerer veranlaßt ſind; der erſte Grund findet keine Abhülfe, wenn auch in zwei Monaten eine neue Steigerung eintritt, weil der Werth der Güter nie ſo plötzlich wieder ſteigt; bei dem letzteren Grunde aber kann darauf gerechnet werden, daß auch bei der nächſten Verſteigerung der Grund fortdauern wird. Es iſt daher die Anſetzung eines neuen Steigerungstermins nur Zeit- und Geldverſchwendung; leidet auch der Schuldner durch den geringen Preis einen Schaden, ſo muß dies als ein unglücklicher Zufall betrachtet werden, der noch geringer iſt, als der Nachtheil, welchen die Gläubiger leiden, wenn die Geſetzgebung in allen Fällen mehrfache Steigerungstermine vorſchreibt, weil in einigen ſeltenen Fällen dadurch ein um einige Thaler höherer Preis erzielt werden kann. Rechtfertigen läßt es ſich, wenn das Geſetz aber davon, ob im erſten oder zweiten Termin das Meiſtgebot unter $\frac{3}{4}$tel der Schätzung blieb, die Friſt für das Einlöſungsrecht des Schuldners abhängig macht, weil dadurch, wenn irgend noch zu helfen war, dem Schuldner geholfen werden kann, ohne daß der Gläubiger dabei litt.

§. VII.

Concursprozeß.

Ohne in die älteſten Anſichten des römiſchen Rechts über Schuldverfahren eingehen zu müſſen, iſt es für die Beurtheilung des jetzt noch geltenden deutſchen Concursprozeſſes wichtig, an jenes römiſche Verfahren zu erinnern, nach welchem der Concurs darin beſtand, daß eine Verſteigerung des vorhandenen Vermögens des Schuldners nicht wie bei uns um baares Geld, ſondern um Prozente der Schuldforderungen gehalten wurde, ſo daß derjenige, welcher die höchſten Prozente bot, das Vermögen addicirt erhielt, und nun als wahrer successor per universitatem des Gemeinſchuldners galt [1]). Die übrigen Creditoren erhielten daher nichts von dem Eigenthum des Schuldners, ſondern jeder hatte nur ſeine vorige auf Prozente herabgeſetzte Forderung gegen den Käufer des Vermögens. Der emtor bonorum, als der Meiſtbietende, der zugleich die Koſten der sacra privata in Anſchlag bringen konnte bei ſeinem Gebote, war in ſo ausgedehntem Sinne successor Universalis [2]), daß er die sacra privata auch übernehmen mußte. [3]) In Anſehung des Verfahrens iſt gewiß, daß der pretor den Creditoren proviſoriſche Beſitzrechte gab, und daß nach einem gewiſſen Termine [4]) die pro-

1) V. Savigny in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſch. II. Bd. S. 374.

2) Haſſe im Archiv für Civil-Praxis V. Bd. S. 50. 63.

3) Cicero de ligibus II. 19—21 u. v. Savigny in der Zeitſchrift S. 377.

4) Gajus Inst. Com. III. 78. IV. 35.

ſcriptio eintrat, und ein gewählter Magiſter den Verkauf nach Prozenten leitete [5]. An die Stelle der proſcriptio trat ſchon früh [6] die miſſio in bona, obwohl noch nicht ausgemacht iſt [7], ob auch die hypothekariſchen Creditoren ſich in den römiſchen Concurs einzulaſſen hatten, oder ſich nur an ihre Pfänder hielten [8]. Eine Art von allgemeinem Concurs, und eine Idee von Gemeinſchaft der Creditoren entſtand jedoch ſchon dadurch, daß auch das Geſuch eines einzigen Creditors um Imiſſio den übrigen, die ſich nun blos an den Erſten anzuſchließen brauchten, nützte [9]; eine Ediktalzitation der Gläubiger kam freilich noch nicht vor; dagegen wurde ein gehöriges Inventar über das Vermögen errichtet [10], und ein Curator, oder bei zerſtreutem Vermögen, wurden mehrere beſtellt [11]. Mehrere Perſonen hatten durch beſondere Vorſchriften Separationsrechte erworben, bei dem Concurſe eines inſolvent verſtorbenen Schuldners konnte der Erbe einen geſetzlich begünſtigten [12] Nachlaßvertrag ſchließen, und Einmiſchung der Kaiſer in Privatverhältniſſe ſuspen-

---

5) Theophilus ad Inſt. tit. de ſucceſs. ſublatis.

6) L. 28. D. de reb. auctor Judic. poſſid. S. auch tit. Inſt. de ſucceſs. ſublatis III. 13.

7) S. Schweppe Concursproz. §. 2. Reinhard die Lehre vom Gant u. Gantverfahren S. 60.

8) L. 10. Cod. de bon. auctor jud. poſs.

9) L. 12. p. D. de reb. auct. jud. poſs. l. 6. §. 7. D. quae in fraud. credit. l. 10. Cod. de bonis auct. jud.

10) L. 15. D. de reb. auct. jud.

11) L. 14 D. de reb. auct. jud. poſs. tit. D. de curat. bon. dand. XLII. 7.

12) L. 7. §. 17. D. de pact.

dirte nicht ſelten durch Moratorien [13]) den Concurs. Am ſchwierigſten wird es aber, hier den Uebergang von dem römiſchen Concursprozeſſe zu dem heutigen nachzuweiſen. Vergebens ſuchen wir im gemeinen Rechte Geſetze, auf welche ſich das heutige Verfahren ſtützte, weder in dem alten deutſchen, noch in dem vermittelnden canoniſchen Rechte, finden wir die Grundlagen unſeres heutigen Verfahrens; ſelbſt die Praktiker der geiſtlichen Gerichte, deren Ausſprüche in anderen Lehren ſo viele Sätze der heutigen Praxis erklären, erklären ſich nur ſelten über ein Verhältniß, welches in der Regel nicht bei den geiſtlichen Gerichten vorkam, und nur bei einigen Gerichten in Rom ſich fand. Gewiß iſt aber, daß ſchon die Gloſſe zur l. 10 Cod. de bon. auct. jud. und noch mehr zu l. 6 Cod. de remiss. pignor, den ſpätern Schriftſtellern und Praktikern Veranlaſſung gab, eine Gemeinſchaft der Gläubiger unter ſich anzunehmen, ſo daß ſchon der erſte Schriftſteller über Concursprozeß, Salgado de Samoza, die Vorladung aller Creditoren durch Ediktalien als weſentlich vorſchreibt [14]), überall davon ſpricht, daß der ganze Prozeß bei Gericht verhandelt werde, und jede Handlung vom Richter ausgehe [15]), und daß das ganze Vermögen den Gläubigern gemeinſchaftlich gehöre, und unter ſie ausgetheilt werden müßte. Im deutſchen Rechte äußerte ſich durchaus die Anſicht, daß die Schuld auf der Perſon des Schuldners hafte, und daher der inſolvente Schuldner zu Hand und

13) L. 6. Cod. Theod. de div. rescript. l. 4. D. de preceb. imper. offer.
14) In labyrintho credit. cap. I. N.° 27. und cap. VIII.
15) L. c. cap. XIII.

Halfter übergeben wurde [16]), während in ſüddeutſchen Statuten ſich die Sitte bildete, den inſolventen Mann, wenn kein Mittel fruchtete, die Gläubiger zufrieden zu ſtellen, aus der Stadt oder aus dem Lande zu verweiſen [17]). Alles Schuldverfahren der alten Zeit beſtand nur in Verſuchen, für den Schuldner, der häufig nach Statuten in kläglicher Geſtalt (um Mitleiden für ihn zu gewinnen) öffentlich am Markttage vorgeſtellt wurde, Bürgen zu gewinnen, oder die Creditoren zu bewegen, daß ſie ſich an die Güter hielten und die Perſon frei ließen, in welchem Falle eine Art von cessio bonorum eintrat [18]), andere Schuldverfahrensarten hatten den Zweck ſolchen Perſonen, welche in den nächſten Verhältniſſen mit dem Schuldner ſtanden z. B. die Ehefrau, Wohlthaten zu gönnen, um ſie von den Nachtheilen des ſtrengen Schuldverfahrens zu retten. Eine Erleichterung in dieſer Strenge war es ſchon, daß einige Statuten [19]) ſtatt des Gebens des Schuldners, zu Halfter und Hand, Einſperren, eintreten ließen [20]). Streitigkeiten bei Gericht über Vorzugsrechte verſchiedener Pfandgläubiger kommen ſchon ſehr früh vor [21]); von einem

---

16) Sachſenſpiegel III. 39.

17) S. merkw. Nachrichten darüber in Ild. v. Arx. Geſchichte des Buchsgau S. 110. Kurz Geſchichte des öſterreich. Handels S. 184.

18) Haſſe in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtsw. IV. Bd. S. 108.

19) Z. B. Nürnberger Reformat. v. 1564 fol. 68.

20) In Wiener Statuten v. 1340 in Rauch script. III. p. 52. wird der inſolvente Mann, der es durch Verſchwendung geworden, im Schuldthurm bewahrt.

21) Z. B. im baier. Rechtbuch von 1340 Tit. XVII. Miltner der baier. Gantprozeß S. 38.

Antheil der chirographariſchen Gläubiger konnte, nach den Grundſätzen der Publizität und Specialität bei dem alten Pfandſyſteme, keine Rede ſeyn [22]. Für den Fall, wenn mehrere Hypotheken einerlei Datum hatten, ſollte nach Statuten [23] das Gut verkauft, und das erlößte Geld, ſo weit es reicht, verhältnißmäßig unter die Creditoren vertheilt werden. Die cessio bonorum kömmt ſchon im XVI. Jahrhundert vor [24], auch zeigen ſich in Statuten ſchon Spuren des Zuſammentreffens aller Creditoren, der hypothekariſchen und gemeinen, ſo daß nach gewiſſer Ordnung die Creditoren befriedigt wurden, und die gemeinen Gläubiger in den Ueberſchuß ſich theilten [25].

Auf ähnliche Art wollen auch andere Statuten [26] die Austheilung des Erlöſes von dem Gute des inſolventen Schuldners, nach Vermöglichkeit des Erbs (wie es heißt) und Größe jeder Schuld und Vorgang der älteren Gerechtigkeit pro rata. Am meiſten wur-

---

22) S. über die Wormſer Reformat. V. Buch Thl. 3. Tit. 13. Eichhorns deutſche Staats- u. Rechtsgeſch. III. Thl. S. 411.

23) Freiburger Stat. v. 1520 fol. XLII.

24) Freiburger Stat. l. c. fol. XXXI. B. Landrecht der Markgrafſch. Baden-Baden Tit. XLIV.

25) Merkwürdig iſt hier die Beſtimmung der Freiburger Stat. v. 1520 fol. XXXI. b. wenn es heißt: »um alsdann us dem übrigen Gut dem Fröner (ſo heißt jeder Concursgläubiger) nach Marchzahl ſiner Schuld geben und bezahlen, und nit nach dem einer zum Vordriſten an der Frönung ſtat, wie bishar beſchehen, dann dadurch würd einer allein bezahlt un müſſen die andern mangeln, das uns mit Bedacht der Billigkeit gemaß ſie.«

26) Henneberger Landesordn. v. 1539 Buch III. Tit. 5. cap. 20. §. 2.

den Prioritätsordnungen von der Zeit an nothwendig, als die römiſchen ſtillſchweigenden und privilegirten Pfandrechte bekannt wurden, und den gemeinen Pfandgläubigern ſo viele andere vorgingen [27]. Der Gerichtsgebrauch hatte in der Zwiſchenzeit auch den Executionsprozeß weiter ausgebildet, und den Fall, wenn das ganze Vermögen eines Schuldners angegriffen werden mußte, als eine Art der Vollſtreckung betrachtet [28]. Mit Beziehung auf die l. 6 Cod. de remiss. pignor. und die ohnehin in der Praxis ausgebildete Anſicht von der Ediktalzitation, ſelbſt nach der Pflicht des Gerichts, den inſkribirten Gläubigern Anzeige von der Pfandsveräuſſerung zu machen, entſtand die Anſicht von der Nothwendigkeit der Ediktalzitation und durch die Idee der Gemeinſchaft der erſchienenen Gläubiger glaubte man am meiſten nach Billigkeit die verſchiedenen Intereſſen vereinigen zu können, während man aus dem römiſchen Rechte die Beſtimmungen über Inventar, Curator u. A. entlehnte und durch Gerichtsgebrauch und Landesgeſetze [29] das jetzt noch übliche Concursverfahren ausbildete, als deſſen Hauptgrundſatz der galt: daß von dem Momente der

---

27) Eine ſolche Prioritätsordnung kömmt in einem alten Augsburger Statutenbuche v. 1540 vor, ſ. von Huber Abhandl. über die Abweichungen der Augsburgiſchen Statuten S. 85.

28) Daher kommen die Vorſchriften über Concurs in den älteren Prozeßordnungen immer in dem Kapitel von der Execution vor, und das noch jetzt im Süden Deutſchlands übliche Wort: Gantprozeß deutet darauf, weil Vergantung überhaupt die öffentliche Verſteigerung verpfändeter Sachen hieß.

29) Vollſtändig ausgebildet iſt das Syſtem des Concursprozeſſes ſchon am Anfang des 17. Jahrhunderts in der baieriſchen Gerichtsordnung von 1616.

Veranlaſſung des Concursprozeſſes an bis zur Vertheilung der Maſſe unter die Creditoren ein von dem Gerichte geleitetes Verfahren entſtehe, in welchem in einem Hauptverfahren ſtatt der vielen Partikularprozeſſe die Anſprüche aller erſchienenen Creditoren verhandelt und die Vermögensmaſſe berichtigt, verwaltet und verſilbert würde, in der Art, daß nach eingetretener Gemeinſchaft aller Creditoren Alle ihr Intereſſe wechſelſeitig gegen einander geltend machen, und am Ende die Vertheilung der Maſſe unter ſie nach einer gewiſſen geſetzlichen Rangordnung fordern könnten. Unverkennbar iſt keine Art von Prozeſſen ſo tief in das öffentliche Wohl eingreifend als der Concursprozeß; eine leichtſinnige oder voreilige Einleitung eines ſolchen Verfahrens zerſtört, wie ein Strafprozeß, den Ruf und die bürgerliche Exiſtenz des Schuldners, der vielleicht noch hätte gerettet werden können; eine aus falſchem Mitleiden oder aus Unthätigkeit der Richter hinaus geſchobene Eröffnung des Prozeſſes aber, in Fällen in welchen der Gemeinſchuldner ſich doch nicht mehr erholen konnte, vermindert die vorhandene Vermögensmaſſe, entzieht den Gläubigern ihre erworbenen Rechte und iſt zwecklos, weil gewöhnlich ſpäter doch der Concurs erkannt werden muß. Eine lange Dauer dieſer Prozeſſe aber bereichert nur Richter und Advokaten, entzieht durch die Koſten den Gläubigern große Summen, auf welche ſie Anſpruch gehabt hätten, bewirkt Unſicherheit des Eigenthums, gewöhnlich Verwahrloſung der Güter und zerſtört den Credit, weil Niemand Luſt haben wird, Geld auszuleihen, deſſen Rückgabe nur mit bedeutenden Abzügen, und nachdem das Geld lange genug todt lag, erwartet werden kann, wenn ſchon in der Vollſtreckung die Einrichtung, nach welcher nur das Gericht alle Handlun-

gen vornimmt, nachtheilig iſt, ſo wird ſie es noch mehr hier, wo die Ausdehnung des Vermögens und die in der Zwiſchenzeit bis zur Vertheilung nothwendige Verwaltung deſſelben ſo viele Geſchäfte veranlaßt. Wird die Anſicht aufgeſtellt, daß alles, was im Concursprozeſſe vorgehe, nur bei Gericht verhandelt werden müſſe, ſo wächſt, wie die Erfahrung lehrt, bei dem unbedeutendſten Concurſe, ein Berg von Akten an; über jede Veränderung in der Haushaltung, über jeden Verkauf eines kleinen Theils der Concursmaſſe muß eine Anfrage bei Gericht gemacht, darüber Verhandlung gepflogen und förmlich dekretirt werden. Vorzüglich tritt eine höchſt nachtheilige Verzögerung durch eine irrige Ausdehnung der Anſicht von der Gemeinſchaft der Creditoren ein. Da jeder einzelne Vorfall im Concurſe alle Creditoren berührt, ſo müſſen auch Alle von jeder Anfrage, die nur entfernt auf die Vermögensmaſſe ſich bezieht, in Kenntniß geſetzt werden, und es iſt daher etwas in Concursakten ſehr gewöhnliches, daß z. B. über die Anfrage des Curators, ob er das Grundſtück verpachten, ob er den eingenommenen Zehend theilweiſe oder ganz verſteigern, ob er die auf dem Landgute erzeugten Kälber verkaufen oder großziehen ſoll, alle Creditoren durch Circulare zuſammengerufen werden, worauf nach protokollariſcher Verhandlung vom Gerichte dekretirt wird. Erwägt man die dadurch veranlaßten Koſten und den Zeitaufwand, ſo kann man ſchwerlich den gemeinrechtlichen Concursprozeß als Muſter empfehlen, um ſo weniger, wenn man betrachtet, wie manche Schriftſteller dieſen Prozeß wiſſenſchaftlich behandelten, indem ſie immer wieder mit Berufung auf gelehrte Autoritäten, Behauptungen, die von den Vorgängern aufgeſtellt wurden, wiederholten, ohne ſelbſt

im Leben von der Wirkung der von ihnen verordneten juriſtiſchen Rezepte ſich überzeugt zu haben, oder aus allgemeinen Grundſätzen von Univerſalität, Gemeinſchaft der Creditoren und dgl. ihre Lehren ableiteten. Viel zweckmäßiger wäre es geweſen, wie ſchon Martin [30]) angedeutet hatte, durch ein genaues Studium des Gerichtsgebrauchs und der einzelnen Landesgeſetze ſich vorzubereiten, und wirklich fehlt es nicht an manchen trefflichen Concursordnungen oder doch an einzelnen Einrichtungen in den deutſchen Staaten. So enthalten die ſächſiſchen Geſetze viele weiſe Beſtimmungen über Concurs [31]). So hat Lippe [32]) eine eigene Concursordnung. An manchen Orten, z. B. in Hannover [33]), Würtenberg [34]), Kurheſſen [35]) und in Mecklenburg [36]) beſtehen zwar keine

---

30) Lehrbuch des gemeinen Prozeſſes §. 310. Not. a.

31) Prozeßordn. v. 1622 Tit. 41 Gerichtsordn. und Executionsordnung des Herzogs Johann Wilhelm v. 1702 Tit. XXVIII. fürſtl. ſächſ. Altenburg. neue erl. Prozeßordn. cap. XXXVIII. ſächſ. Bankeruttirmandate v. 1724 u. 1766, ſ. Biener systema proc. jud. p. II. cap. XII. p. 138 etc.

32) Lippiſche Concursordn. v. 1779 in der Samml. der Landesvero. II. Thl. S. 688.

33) Nur Osnabrück hat eine vollſtändige Concursordnung v. 20. Nov. 1777, ſ. über die übrigen Theile Oeſterlei Handbuch des hannöv. Proz. II. Thl. S. 469 ꝛc.

34) Reinhard die Lehre vom Gant- und Gantverfahren S. 179.

35) Von Kurheſſen ſ. Edikte v. 16. Mai 1747 Vero. v. 6. Jul. 1770. Kopp Handb. der heſſen-caſſeliſchen Vero. II. Thl. S. 404. Gerlach das Concursverf. vorz. bei den Untergerichten Marburg 1818. Wagner Grundzüge der Gerichtsverf. und des Prozeßverf. bei den Untergerichten in Kurheſſen, Marburg 1822 S. 159.

36) V. Nettelbladt Bem. über einige Gegenſtände des Meklenburg. Concursprozeſſes, Roſtock 1810. Von

allgemeinen Concursordnungen, aber durch einzelne Geſetze und durch Gerichtsgebrauch hat ſich dort ein wohl zu beachtendes, freilich vielen Einwendungen noch unterworfenes Syſtem ausgebildet. Vorzüglich aber verdient das Syſtem des baieriſchen Concursprozeſſes [37]) die Berückſichtigung eines jeden gebildeten Juriſten, obwohl in neuerer Zeit Einwendungen dagegen erhoben worden ſind [38]). Während andere Geſetzgebungen abgeſonderte Verhandlungen über die Priorität zulaſſen, fordert der baieriſche Concursprozeß ſtrenge die Verbindung der Liquidations- und der Prioritätsverhandlungen. Sobald der Concursprozeß als zuläſſig erkannt wird, tritt mit den Ediktalien zugleich die Anſetzung der Haupttermine zur Verhandlung ein, wovon ein Termin ad liquidandum ad producendum, der zweite ad excipiendum, der dritte ad concludendum und in wichtigen Fällen ein vierter ad duplicandum anberaumt wird. Die Tage für dieſe Verhandlungen, ohne daß Verlängerung eintritt, ſind voraus in dem nämlichen Circulare beſtimmt. Im erſten Termin haben alle Gläubiger zu erſcheinen, ihre Anſprüche anzugeben, zugleich ſich zu legitimiren, die Beweiſe ihrer Anſprüche vorzulegen oder anzutreten, und ihre Prioritätsgeſuche anzubringen. Im zweiten Termine werden theils von dem Schuldner, theils von den Cre-

---

Nettelbladt Handb. des Meklenburg. Civilproz. (1822) S. 274—374.

37) Cod. judic. bav. v. 1753 cap. XIX. XX. ſ. Miltner der baieriſche Gantprozeß in hiſtor. u. theoret. prakt. Rückſicht, Landshut 1814. J. B. Welſch Handb. des baier. Univerſalconcursprozeſſes, Erlangen 1819.

38) Weber über das baier. Credit- und Schuldenweſen S. 198.

ditoren alle Exzeptionen vorgebracht, welche gegen Liquidität oder Priorität der Anſprüche gegen den Legitimationspunkt oder die Beweismittel vorzubringen ſind. Im dritten Termine replizirt gegen die vorgebrachten Einreden der Creditor und die Uebrigen erklären ſich duplicando. Die Beweiſe werden zwiſchen den einzelnen Terminen benützt, und ihre Reſultate im nächſten Termine vorgelegt. Nach geſchloſſener Verhandlung wird ein vollſtändiges Erkenntniß gefällt, in welchem alle Creditoren in die gebührenden Klaſſen eingereiht werden, ſo daß über die Priorität keine abgeſonderten Verhandlungen zugelaſſen werden, und die mit ihrer Locirung unzufriedenen Gläubiger nur auf dem Wege der Appellation Abänderung ſuchen können. Von Partikulargeſetzgebungen über Falliment verdient beſonders noch die hamburgiſche neue Fallitenordnung v. 31. Auguſt 1731 [39]) eine Berückſichtigung.

Am wichtigſten von allen deutſchen Geſetzgebungen wird aber im Concursprozeſſe die Preußiſche, welche den großen Vortheil für ſich hatte, das Syſtem auf eine vollſtändige und weiſe Hypothekenverfaſſung gründen zu können. Dadurch wird ſchon in ſo vielen Fällen, in welchen in Ländern, die das römiſche Pfandſyſtem anerkennen, wegen der leicht entſtehenden Täuſchung der Creditoren ein Concurs ausbricht, es gar nicht zum Concurſe komme, weil jeder Creditor das leichte Mittel hat, von dem Stande

---

39) S. darüber vorzüglich Haſche Hamburg. Fallitenordn. erläutert 1797 – 1802. Hamburg. Und Bemerkungen über die Fallitenordnung in Büſch theor. prakt. Darſtellung der Handlung, I. Thl. S. 434. u. II. Thl. S. 527. und Pichelmair Vorzüge des franzöſ. Geſetzes über Falliment und Bankerutt, S. 178 – 192.

des Vermögens ſeines Schuldners ſich zu überzeugen, weil daher ſelten ſo viele leichtgläubige und getäuſchte Gläubiger zuſammentreffen werden. Auch wenn es zum Concurſe kömmt, bildet ſich eine einfache Abtheilung unter den Gläubigern. Nur die inſkribirten Hypothekarcreditoren können Anſpruch auf die Maſſe des Vermögens machen, welche im Hypothekenbuche als haftend beſchrieben war. Der Concurs kann daher durch das Zuſammentreffen von ſo vielen chirographar und gemeinen Gläubiger nicht ſo verwickelt werden als in andern Ländern; — daher bilden ſich auch zwei Maſſen, 1) die Immobiliarmaſſe, wohin das vorhandene Immobile mit den currenten Revenüen des Grundſtücks gehört [40]), und worauf nur die inſkribirten Gläubiger Anſpruch machen können. 2) Die gemeine Maſſe, zu welcher der nach Befriedigung der Hypothekcreditoren verbleibende Ueberreſt der Immobiliarmaſſe und das ganze übrige Vermögen des Schuldners, was nicht unter Immobiliarmaſſe begriffen war, gehört [41]), worauf nur die übrigen Creditoren Anſpruch machen können [42]). Der eigentliche Concursprozeß, welcher eintritt, wenn das geſammte Vermögen nicht zur Befriedigung der andringenden Creditoren hinreicht [43]), muß getrennt werden von dem Liquidationsprozeſſe [44]), welcher eintritt,

40) Preuß. Gerichtso. Tit. 50 §. 489.
41) Gerichtso. Tit. 50 §. 524.
42) Ueber die Sonderung dieſer Maſſen intereſſante Bemerkungen in den Motiven zu dem baier. Hypothekenentwurf S. 81, v. Aretins Vortrag darüber S. 61, v. Gönner Vorträge über Geſetzgebungsgegenſtände S. 142, Weber über das baier. Credit und Schuldenweſen. S. 100.
43) S. darüber Tit 50 der Gerichtso.
44) Davon Tit. 51 der Gerichtso.

wenn mehrere Creditoren nur an ein beſtimmtes Object Anſprüche machen, oder wo die Unzulänglichkeit der Vermögensmaſſe noch nicht klar iſt. Das Geſetz dringt ſchon weiſe auf den Verſuch der Sühne, und giebt dazu vollſtändige Anweiſungen [45]. Eröffnet wird der Concurs übrigens wie in dem deutſchen Prozeſſe und ein Dekret erlaſſen, wogegen appellirt werden kann [46]. Es wird von dem Gerichte ein Interimscurator und Contradiktor ernannt, bis die Gläubiger über die definitiv zu ernennenden ſich vereinigen [47]; auch hat das Geſetz dafür geſorgt [48], daß nur in Handlungen von erheblicher Präjudiz der Curator die Creditoren zu befragen, und daß nicht alle Gläubiger immer zuſammenberufen werden müſſen. Selbſt bei der Auswahl der richterlichen Perſonen, z. B. des Decernenten [49] wird dafür geſorgt, daß Perſonen gewählt werden, welche die zur umſichtigen Behandlung des einzelnen Concurſes nothwendigen Kenntniſſe beſitzen, z. B. kaufmänniſche. Alle Gläubiger werden edictaliter vorgeladen [50]. Eine durchgreifende Rückſicht des Geſetzes iſt auch, daß nicht für alle Fälle des Concurſes gleiche Formalitäten angewendet werden, z. B. über Termine, Zahl der Bekanntmachungen, ſondern daß immer nach der Größe der Maſſe, nach der wahrſcheinlichen Zahl der Creditoren die Formalitäten berechnet werden, damit die entſtehenden Koſten im Verhältniſſe mit der Größe des Gegenſtan-

---

45) Gerichtso. Tit. 50 §. 588 2c.
46) Tit. 50 §. 18, 19.
47) l. c. §. 64–67.
48) l. c. §. 77–80.
49) l. c. §. 94.
50) §. 98.

des ſtehen [51]. Alle erſcheinenden Gläubiger werden in einem ſogenannten Connotationsprotokoll mit ihren Forderungen aufgezeichnet [52], worauf ein Termin zur Verifikation beſtimmt wird, an welchem die Gläubiger und der Contradiktor zu erſcheinen haben [53]. In dieſem Termine begründet jeder Creditor ſeine Forderung, legt die dazu gehörigen Beweismittel vor, und beſtimmt die Stelle im Prioritätsurtheil, auf welche er Anſpruch zu machen gedenkt [54]. Ueber jede Forderung wird ein beſonderes mit der im Connotationsprotokoll bemerkten Nummer verſehenes Protokoll abgehalten. Der Contradiktor und jeder Gläubiger können gegen jeden anderen Gläubiger Einwendungen machen, welche in dem Protokolle bemerkt werden, es wird aber immer darauf geſehen, ob der exzipirende Gläubiger ein Intereſſe in der Art hat, daß der Liquidant vor ihm ein vorzügliches oder doch ein mit ihm gleiches Recht verlangt. Weiſe iſt dafür geſorgt, daß nicht durch Streitigkeiten von Gläubigern, welche doch nichts aus der Maſſe, nach dem Stande derſelben, erhalten werden, der Prozeß unnöthig aufgehalten werde [55]. Werden vom Contradiktor oder einem intereſſirten Gläubiger Einwendungen gegen einen Creditor gemacht, ſo wird die Sache zur beſondern Inſtruktion verwieſen, worauf, wie ſonſt verhandelt, status causae regulirt und der Beweis geführt wird [56]. In der Regel erfolgt die Vorle-

51) S. §. 107—113, hier wird vorgeſchrieben was eintreten muß, wenn die Aktivmaſſe über 200 Thlr. oder über 1000 Thlr. beträgt.
52) G. O. §. 118.
53) §. 119.
54) §. 121.
55) Gerichtso. l. c. §. 129—130.
56) §. 131. 132.

gung der Akten zur Abfaſſung des Liquidations- und Prioritätsurtheils nicht eher, bis ſämmtliche Poſten durch Geſtändniß oder Inſtruktion zum Spruche reif ſind; jedoch kann ausnahmsweiſe, z. B. wenn die meiſten Forderungen genugſam inſtruirt ſind und die Inſtruktion der noch übrigen weit ausſehend wird, das Urtheil gefällt werden [57]. Das Gericht fällt ein vollſtändiges Claſſifikationsurtheil [58], wogegen der Contradiktor und jeder Gläubiger appelliren kann [59]. In Anſehung der Ausmittelung und der Conſtituirung der Maſſe, zeichnen ſich die ertheilten geſetzlichen Vorſchriften nicht blos durch Vollſtändigkeit und Zweckmäßigkeit, ſondern durch eine weiſe Unterſcheidung der verſchiedenen Fälle aus [60], z. B. ob der Gemeinſchuldner ein Kaufmann, Fabrikant, Oekonom und A. iſt, weil nur dadurch es möglich iſt, die Vermögensbehandlung auf eine dem Bedürfniſſe des einzelnen Falles wirklich entſprechende Weiſe zu leiten, während ſonſt der Schlendrian der Geſchäftsbehandlung, der alles über einen Leiſten ſchlägt, mit nutzloſen Formalitäten Zeit und Geld verſchwendet. Auch muß noch als weiſe Beſtimmung die anerkannt werden, daß die Diſtribution der Revenuen nicht, wie es an ſo vielen Orten geſchieht, unterbleibt, und alles auf eine Maſſe zuſammen geworfen wird, ſondern daß ſie in Preußen jährlich nach dem Schluſſe des Wirthſchaftsjahrs zur Tilgung der Zinſen der eingetragenen Creditoren geſchieht [61].

57) §. 138.
58) §. 143.
59) §. 169.
60) Gerichtso. Tit. 50 §. 194—266.
61) Gerichtso. l. c. §. 493—504.

Die lauten Klagen über die lange Dauer und die Koſtſpieligkeit der Concursprozeſſe in Ländern, in welchen das Syſtem des gemeinen Prozeſſes galt, haben aber auch in den letzten Jahrzehnden manche der Berückſichtigung wohl würdige neue Partikulargeſetzgebungen in Concursſachen veranlaßt. Dahin gehören 1) die Naſſauiſche [62]) Verordnung vom 5. Juni 1816, die beſonders dadurch merkwürdig iſt, daß alle Concurſe vom Hofgerichte erkannt werden ſollen, daß für die gewöhnlichen Concurſe kein Contradiktor gefordert wird, daß kein certamen de prioritate in einfachen Concurſen zugelaſſen wird, indem der Richter ex officio die Priorität beſtimmen werde, und daß auf keinen Fall ſchriftlich über Priorität verhandelt werden darf. Nach einer Kurheſſiſchen Verordnung [63]) werden dadurch Abkürzungen zu erzielen geſucht, daß die Verſteigerungen beſchleunigt, die Liquidationsprotokolle ſtrenge abgeſondert werden ſollen; der Richter ſoll nach der Liquidation einen Entwurf machen, worin er alle Creditoren claſſifizirt; der Entwurf ſoll angeheftet und mit Vorladung der Creditoren ein Termin angeſetzt werden, in welchem die Creditoren ihre Beweisſtücke für ihre behaupteten Vorzüge beibringen, worauf erſt Verhandlung erfolgt. — Die Würtenbergiſche Geſetzgebung [64]) verlangt die Erkennung der Concurſe durch das Oberamtsgericht, überläßt dem Gemeinderathe und der Ortsobrigkeit einen Einfluß auf die Leitung, in ſo ferne als der Verkauf der Gegen-

---

62) In der Sammlung der Vero. II. Thl. S. 67.

63) Für Fulda v. 28. Dec. 1816, in der Geſetzſamml. v. 1816 Nro. 19.

64) Edikt vom 31. Dec. 1818 §. 160—183.

ſtände der letzteren obliegt; überall wird im Verfahren unterſchieden, ob die Activmaſſe 500 fl. beträgt oder nicht; der Gerichtsnotar mit Zuziehung des Ortsvorſtehers und zweier Gemeindeglieder behandeln die Concurſe bis über 500 fl.; in der Liquidationshandlung wird vollſtändig über Legitimation, Liquidität und Priorität verhandelt; die Sühne muß überall verſucht werden; der Oberamtsrichter entwirft das Prioritätserkenntniß, trägt es dem Gerichte vor; — wo es möglich iſt, wird ſogleich die Gantverweiſung als die eigentliche Vertheilung der Maſſe unter die Creditoren ſogleich mit dem Prioritätsurtheil eröffnet, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können. Eine neue Würtenbergiſche Verordnung [65]) geſtattet auch bei einfachen Concursprozeſſen die Uebergabe ſchriftlicher Rezeſſe zu den Akten; zur Fällung des Urtheils werden mehr Beiſitzer als bisher verlangt; in ſchwierigen Fällen kann auch ein Contradiktor ernannt werden; eben ſo ein Ausſchuß von Creditoren, der die Geſammtheit der Gläubiger zu vertreten hat. — Die Baieriſche Novelle [66]) geſtattet Einreichung ſchriftlicher Rezeſſe in den Terminen, ſchließt Advokaten von der Maſſecuratel aus, und gebietet einen Creditorenausſchuß zu wählen, mildert aber die Strenge des ältern Geſetzes in Anſehung des Legitimationspunkts, und vereinfacht die Formalitäten der Verſteigerung. Reich an wichtigen Beſtimmungen für den Concurs, iſt auch die neue baieriſche Hypothekenordnung [67]) theils wegen der

---

65) v. 15. Sept. 1822 §. 29—33.
66) v. 22. Julius 1819 §. 34—37 v. Gönners Comentar hiezu S. 437 ꝛc.
67) v. 1. Junius 1822.

nach der Hypothekenverfaſſung nothwendigen Trennung der Maſſen, theils wegen der Vereinfachung des Verfahrens zur Realiſirung der Hypotheken [68]), theils wegen der Möglichkeit durch Benützung des Hypothekenbuchs [69]) dem eröffneten Concurſe eine ſichere Grundlage zu geben, theils wegen der höchſt umſichtig entworfenen Prioritätsordnung und der Claſſifikation der Creditoren [70]). Dieſer wohlthätige Einfluß einer Hypothekenverfaſſung auf Concurs iſt auch in der Mecklenburgiſchen Geſetzgebung wegen der neuen Hypothekenordnung v. 12. Nov. 1819 erſichtlich [71]), vollſtändige neue Concursordnungen ſind die Oldenburgiſche [72]), die von St. Gallen [73]), eine Anhaltiſche [74]), und die für den Canton Teſſin [75]). Die letzte nähert ſich mehr dem franzöſiſchen Prozeſſe, nur mit dem Unterſchiede, daß ſie mehr dem Grundſatze der Univerſalität folgt. Die übrigen ſind auf dem Syſtem des gemeinrechtlichen Concurſes mit Verhandlung des ganzen Verfahrens bei Gericht gebaut. Ihre genaueren Vorſchriften ſollen unten bei den einzelnen Fragen geprüft werden.

---

68) §. 59—70.

69) §. 118.

70) Prioritätsordnung vom 1. Jun. 1822.

71) S. daher v. Nettelbladt in ſeiner Ausgabe des Mecklenburg. Civilproz. S. 276—347, verglichen mit v. Kamptz Mecklenburg. Civilproz. S. 260—305.

72) v. 11. Oktober 1814.

73) v. 23. Juni 1820 in der Samml. der Dekrete und Beſchlüſſe des Raths in St. Gallen S. 377.

74) v. 10. Jul. 1822 in dem Anhang, cap. VII. zu der Prozeßordn. in Geſetzſammlung v. 1822 Nro. XXII.

75) Codice di procedura civile v. 1821 libro VI. Tit. II. Art. 623.

Ganz eigenthümlich und vielfach zu wichtigen Fragen aufregend iſt das franzöſiſche Syſtem über Concursprozeß. Der franzöſ. Prozeß kennt kein Concursverfahren im deutſchen Sinne in der Art, daß über das Vermögen eines jeden inſolventen Schuldners auf Andringen der Creditoren mit Ediktalzitation der Gläubiger bei Gericht ein Verfahren eröffnet und fortgeſetzt würde. Ein dem deutſchen am meiſten ſich näherndes Verfahren tritt nur gegen den inſolventen Kaufmann ein. Schon nach der ordonnance de commerce von 1673 [76]) wurde ein Verfahren wegen *faillite ou banqueroutte* eingeleitet, wobei die Jurisprudenz beide Ausdrücke ſcharf unterſchied [77]); und den erſten auf den Kaufmann beſchränkte, der ſeine Zahlungen wegen Unglücksfälle, jedoch ohne erweisliche Verſchuldungen, einſtellte, während banqueroutt die Zahlungsfähigkeit desjenigen bezeichnete, welcher durch eigene Schuld in dieſen Zuſtand gerathen war. Die Strenge des Geſetzes [78]) wurde häufig durch die leicht vom Könige zu erhaltenden lettres de répit, oder die vom Tribunale ausgewirkten défenses générales gemildert. In der Revolution fehlte es nicht an häufigen und einflußreichen Fallimenten, wohl aber an zweckmäßigen Geſetzen, und 1806 glaubte man durch ſtrenge Geſetze vorbeugen zu müſſen; die zu Gutachten aufgeforderten Handelskammern erklärten ſich jedoch dagegen, vorzüglich gegen den Geſetzes-

76) Tit. XIII.

77) Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de 1673 par M*** (Paris 1761) vol. II. p. 181.

78) Darſtellung deſſelben in Tousse Comment. sur l'ordonnance de com. p. 183 etc. Vincens exposition raisonnée de la législation commerciale (Paris 1821) I. vol. p. 389—394.

vorſchlag, daß jedes Falliment als ein betrügliches präſumirt und auf criminellem Wege verfolgt werden ſollte. Unter den Gutachten ſchien insbeſondere das von Genua [79]) einen Einfluß auf die nachfolgende Geſetzgebung erhalten zu haben, und ein am 12. Sept. 1807 dekretirtes Geſetz [80]) war die Folge der gemilderten Anſichten der Geſetzgeber. Im Sinne des Code kann nur der Kaufmann (das Wort commerçant in der ganzen durch Jurisprudenz begründeten Ausdehnung [81]) genommen) en faillite fallen, der Nichtkaufmann fällt nur als inſolvent, en deconfiture, ſo daß die Grundſätze vom Verfahren bei dem Falliment auf ihn nicht anwendbar ſind [82]); daher gegen den zahlungsunfähigen Kaufmann nur auf dem Wege der gewöhnlichen Execution verfahren wird, ſo daß die Vereinigung der Creditoren des Nichtkaufmanns nur freiwillig iſt, und die Majorität in Anſehung des Concordats für die Uebrigen keine verbindliche Kraft hat; daher ſind nicht, wie bei dem Kaufmann, die in den letzten zehn Tagen vor dem Anfange der deconfiture errichteten Hypotheken null. Ein wahres Falliment [83]) nimmt der Code nur an bei dem Kaufmann, der ſeine Zahlungen einſtellt [84]). Jeder ſolche Schuldner muß

---

79) S. in Vincens exposition t. I. p. 397—404.
80) Es bildet im Code de Commerce das III. Buch. Art. 437—614.
81) Code de Comm. Art. 1, und unten Not. 126.
82) S. vorz. arrêt. v. Caſſationshof v. 11. Februar 1812, in Sirey recueil t. XIII. p. I. p. 124 u. Vincens exposition vol. I. p. 535.
83) S. darüber Pardessus Cours de Commerce t. III. p. 201 Vincens exposition t. I. p. 382.
84) Code Art. 437. Pardessus t. III. p. 204—13 Vincens p. 410.

binnen drei Tagen dies dem Gerichte anzeigen, widrigenfalls er als einfacher Bankeruttirer [85]) behandelt werden kann. Bei unterlaſſener Selbſtanzeige kann das Tribunal auf das Anſuchen eines Creditors oder ex officio auf Notorietät einſchreiten [86]). Der Gantirer wird in dem Schuldthurm verwahrt oder unter Aufſicht einer Wache geſetzt [87]). Das Handelsgericht veranlaßt die Anlegung der Siegel an das Vermögen des Schuldners und eröffnet den Concurs durch Urtheil [88]). Von da an kömmt der Schuldner ipso jure aus der Verwaltung ſeines Vermögens, alle Acte in fraudem creditorem ſind nichtig, und alle ſeine Verfügungen, die er in den letzten zehn Tagen vor der Eröffnung des Falliments machte, ſind null [89]). Das Eröffnungsurtheil wird öffentlich angeſchlagen und durch Zeitungen bekannt gemacht [90]). Das Tribunal ernennt aus ſeiner Mitte einen Commiſſär für die Leitung des Verfahrens und mehrere Agenten, welche unter Aufſicht des Commiſſärs den Stand des Vermögens recherchiren, Bücher unterſuchen, Gelder beitreiben und Zahlungen empfangen [91]). Nun wird von dem Schuldner, dem Commiſſär und den Agenten die Vermögensbilanz hergeſtellt [92]), nach deren Fertigung der Commiſſär alle ihm bekannten Gläubi-

---

85) Art. 587 als ſolcher leidet er correktioneller Strafe.
86) Art. 449.
87) Art. 455.
88) Art. 441.
89) Art. 443—7 ſ. intereſſante Controverſen im Archiv für Civil- und Criminalrecht in Rheinpreußen v. Sandt und Hanf. III. Thl. S. 37, 45.
90) Code Art. 457.
91) Code Art. 454 u. 462—69.
92) Code 470—75.

ger öffentlich zuſammen ruft [93]), obwohl er auch nach Umſtänden ſchon vor der Bilanz die Creditoren vorladen kann. Die an einem beſtimmten Tage erſcheinenden Gläubiger haben vorerſt eine Liſte von proviſoriſch zu ernennenden Syndics (ihrem Geſchäfte nach ſind dieſe Syndics Curatores massae) zu übergeben, worauf das Gericht den Syndik wirklich beſtimmt, die Geſchäfte der Agenten hören nun auf [94]), und die Syndiks treten ihr Amt an, ſchreiten zum Inventar über das Vermögen [95]), und ſtellen auf ähnliche Art, wie deutſche Curatoren, die Maſſe her. Mit der Ernennung der Syndiks kann die zweite Periode des franzöſiſchen Concursprozeſſes als beginnend angenommen werden, und es kömmt nun zur Verifikation der einzelnen Forderungen; der Syndik ladet alle Creditoren öffentlich und durch Privatſchreiben vor, binnen vierzig Tagen in Perſon oder durch Bevollmächtigte vor ihm zu erſcheinen [96]), den Grund der Forderung, die Summe, Titel und Beweisſtücke vorzulegen. Der aufgeſtellte Commiſſär iſt dabei gegenwärtig und hält das Protokoll ab. Vierzehn Tage darauf erfolgt die wirkliche Verifikation, bei welcher zwiſchen den Syndiks und den Gläubigern verhandelt wird, ſo daß jeder Creditor gegen den andern Einreden vorbringen kann [97]). Iſt die Forderung nicht beſtritten, ſo wird es ſogleich auf der Urkunde des Creditors bemerkt; wurden Einwendungen gemacht, ſo verordnet der Commiſſär die Hinterlegung der Beweisſtücke in der

93) 476, 77.
94) Art. 481.
95) 486 Vincens t. I. 1. p. 426.
96) Code Art. 502. Vincens t. I. 1. p. 428.
97) Art. 504.

Canzlei des Handelstribunals, vor welches nun die Forderung zur Entſcheidung gebracht wird. Jeder Creditor muß noch eidlich die Richtigkeit ſeiner Forderung betheuern [98]). Die Creditoren, deren Forderungen verifizirt worden ſind, bilden nun eine engere Vereinigung und verſammeln ſich wieder; zwiſchen ihnen wird nun ein Vergleich (concordat) verſucht [99]), kömmt das Concordat zu Stande, ſo iſt der Gantirer wieder ſo frei, als wenn er nie fallirt hätte [100]). Das Handelstribunal muß aber den Vergleich beſtätigen [101]). Kam kein Concordat zu Stande, ſo beginnt eine neue Periode im Verfahren; die Creditoren werden wieder zuſammen gerufen und ſchlieſſen nun einen Vereinigungsvertrag unter ſich [102]); ernennen Definitivcuratoren, und einen Kaſſier; dieſe neuen Curatoren repräſentiren die Maſſe der Gläubiger, und ſchreiten zur Veräuſſerung des Vermögens [103]). Die Zahlung an die Creditoren geſchieht nicht auf einmal. Die Curatoren übergeben monatlich dem Commiſſär einen Etat über die Lage des Prozeſſes und über die vorhandenen Gelder, worauf der Commiſſär die Vertheilung und die Summe beſtimmt [104]). Die Vertheilung ſelbſt geſchieht nach den geſetzlichen Privilegien der Creditoren. Entſteht Streit darüber, z. B. über

98) Art. 507.

99) Art. 519 entſcheidet, daß dieſer Vergleich nicht verſucht werden dürfe, bis alle bisher genannten Formalitäten erfüllt ſind. S. Vincens t. I. p. 434.

100) Vincens 1. p. 439.

101) t. I. 523.

102) Code Art. 527. Vincens l. p. 442.

103) t. I. 528. Vincens p. 444. Pardessus Cours III. p. 391.

104) Art. 558.

die Collocation, ſo wird Oppoſition eingelegt, und die Sache kömmt zur Entſcheidung an das Tribunal [105]. Die Austheilung geſchieht beſonders noch mit Rückſicht auf Immobiliar- und Mobiliarmaſſe und auf die hypothekariſchen Creditoren [106]. Die Rechte der Vindicanten [107] und der Ehefrauen [108] ſind genau durch das Geſetz beſtimmt. Im Zuſammenhange mit dem Concurſe ſteht auch die geſetzlich bewilligte Wohlthat der Güterabtretung [109], ſie wird wichtig, um den Schuldner von der perſönlichen Haft zu befreien, entledigt ihn aber ſeiner Verpflichtungen nur ſo weit als der Werth der abgetretenen Güter reicht, daher der Schuldner, wenn er wieder zu Vermögen kömmt, für das Uebrige haften muß. Auch iſt merkwürdig, daß das Geſetz [110] dem Kaufmanne während des Concurſes eine dem inſolventen Nichtkaufmanne nicht geſtattete Wohlthat giebt, nämlich die, daß der Gantirer, wenn keine Anzeigen von Bankerutt da ſind, aus der Maſſe eine Unterſtützung fordern kann.

Bei jedem Nichtkaufmann dagegen behandelt der franzöſiſche Prozeß den Zuſtand der Inſolvenz wie eine andere Execution des Urtheils, und geſtattet nur, wenn ein Gläubiger ſeine Rechte verfolgt, den Uebrigen ſich an ihn anzuſchließen. Die Anſicht von dieſem Concurſe hängt mit zwei Grundeinrichtungen der franzöſiſchen Geſetzgebung zuſammen: 1) mit dem Hypothekenſyſteme, 2) mit der Gerichtsverfaſſung und

---

105) Pardessus III. p. 403.
106) Art. 539 Pardessus III. p. 408 etc.
107) Art. 576 Pardessus III. p. 416.
108) Art. 544.
109) Code civil art. 1265. Vincens cap. I. P. 556. Toullier droit civil tom. VII. p. 250.
110) Code de commerce art. 530.

dem Grundſatze derſelben, nach welchem das Gericht nur die Pflicht der Subſumtion ſtreitiger Thatſachen unter das Geſetz hat, und weder mit Geſchäften der Urtheilsvollſtreckung, ſo lange nicht ein ſtreitiger Inzidentpunkt entſteht, noch mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit beſchäftigt iſt, während im gemeinen deutſchen Prozeſſe wegen des Mangels von Hypothekenbüchern alle Creditoren zuſammen kommen müſſen, um über ihre Ranzordnung zu ſtreiten, während aus dem Geſammtvermögen des Schuldners nur eine Gantmaſſe entſteht, wird da, wo Hypothekenbücher beſtehen, die Scheidung der Immobiliarmaſſe und der gemeinen Maſſe auf ähnliche Art, wie in Preußen, entſtehen müſſen. Der franzöſiſche Prozeß trennt darnach bei der Execution zwei Hauptfälle: 1) die Vertheilung des Erlöſes aus Immobilien unter die inſkribirten Hypothekargläubiger nach dem Range und dem Datum der Inſkription, ſo daß die ſpäter Inſkribirten nichts erhalten, wenn der Erlös nicht hinreicht. Das Geſetz nennt dies Verfahren ordre [111]). 2) Die Vertheilung des Erlöſes der verſteigerten Mobilien unter die Gläubiger nach Verhältniß der Forderung eines jeden, in der Art, daß bei Unzulänglichkeit der Summe zur Befriedigung Aller, jeder Creditor zu dem Verluſte verhältnißmäßig nach dem Betrage ſeiner Forderung beiträgt [112]), während einige geſetzlich Privilegirte nicht dieſen Verluſt zu leiden brauchen [113]). Dies Verfahren heißt im Geſetze distribution par contribution [114]).

---

111) Code de procédure art. 749.

112) Wenn z. B. der Betrag des Erlöſes der Mobilien nur die Hälfte der Totalſumme aller Forderungen enthält, ſo würde jeder Gläubiger auch nur die Hälfte ſeiner Forderung ausbezahlt erhalten.

113) Code civil art. 2101. 2.

114) Code de proc. art. 656.

Für die erſte Art (ordre) gab es vor der Revolution gar kein allgemeines Geſetz, und nur das im Chatelet zu Paris übliche Verfahren wurde von den Redaktoren des jetzigen Geſetzbuchs zum Muſter genommen und dem beſtehenden Hypothekenſyſteme angepaßt. Auch für das zweite Verfahren exiſtirte kein Geſetz, ſondern nur Gerichtsgebrauch, welchem die Redaktoren folgten [115]. Bei der ordre erfolgt keine Ediktalzitation an die Creditoren [116]; die ſich freiwillig Meldenden können ihre Anſprüche geltend machen; binnen Monatsfriſt von der Adjudikation des Guts an müſſen ſich nun die Creditoren über die Vertheilung des Preiſes vereinigen. Können ſie es nicht, ſo wird von der thätigſten Parthei, d. h. dem Gläubiger, der am meiſten Intereſſe hat die Sache zu betreiben, um Ernennung eines Gerichtscommiſſärs nachgeſucht, vor welchem über die Lokation verhandelt werden ſoll [117]. Der ernannte Commiſſär fordert die Gläubiger auf, ihre Schuldurkunden und ihr Geſuch um Lokation vorzulegen, worauf, nach geſchehener Produktion, der Commiſſär einen Plan der Lokation der Creditoren zu Protokoll entwirft, der betreibende Gläubiger fordert die Uebrigen auf, Einſicht von dem Plane zu nehmen und ihre etwaigen Einwendungen dagegen abzugeben [118]. Die nach geſchehenen Aufforderungen Ausbleibenden werden präkludirt. Entſteht Streit, ſo verweißt der Com-

115) Exposé des motifs du Code de procédure civile (Paris 1807) p. 81.

116) Nur im Art 695 Code de proc. liegt ein freilich unzureichendes Surrogat.

117) Code art. 750. Berriat St. Prix Cours de proc. civile p. 535. Carré traité et questions t. II. p. 361 etc.

118) Art. 755.

miſſär die Streitenden an das Tribunal, und beſtimmt nur die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche älter als die beſtrittenen ſind; entſteht kein Streit, ſo wird die Lokation abgeſchloſſen, Koſten werden berechnet, die Ausbleibenden werden präkludirt, die Erſchienenen aber erhalten ihre Certifikate über die Lokation [119]. Die Creditoren, welche den beſtrittenen Forderungen nach der Ordnung nachſtehen, müſſen nun über die Wahl eines gemeinſchaftlichen Sachwalters, der ſie vertritt, ſich vereinigen; die Sache kömmt jetzt an das Tribunal, welches zwiſchen dem beſtrittenen Gläubiger und dem Nachfolgenden entſcheidet, wogegen binnen zehn Tagen Appellation Statt findet [120]. Nach rechtskräftigem Urtheile ſchließt der Commiſſär ſeine Lokation der beſtrittenen und der poſtlocirten Gläubiger unbedingt ab. Die locirten Creditoren erhalten ihre Certifikate, auf deren Grund die Gelder bezahlt und die Hypotheken gelöſcht werden [121].

Bei der Vertheilung des Erlöſes der Mobilien [122] haben vorerſt die Creditoren ſich zu vereinigen; geſchieht dies nicht, ſo wird vom Gerichte ein Commiſſär ernannt, welcher die Creditoren auffordert binnen gewiſſer Friſt ihre Beweisurkunden zu produziren, wogegen der Schuldner Einwendungen machen kann. Der Commiſſär entwirft hierauf den Diſtributionsbeſcheid, zu deſſen Einſicht die Gläubiger von dem thätigſten Creditor vorgeladen werden. Tritt kein Streit unter ihnen über den Beſcheid ein, ſo wird zur Ver-

---

119) Code art. 759.
120) Art. 760—64.
121) Art. 767—73.
122) Code art. 656. Berriat St. Prix p. 490. Carré traité II. p. 245.

theilung der Gelder geſchritten [123]). Entſteht Streit, ſo werden die Streitenden an das Tribunal gewieſen; der Gerichtskommiſſär erſtattet in der Gerichtsſitzung ſeinen Vortrag, und das Gericht entſcheidet nach angehörten Concluſionen der Staatsbehörde [124]). Die Appellation dagegen muß binnen zehn Tagen erfolgen. Nach rechtskräftigem Urtheile wird die Lokation definitiv gemacht, worauf die Zahlungsbefehle erfolgen [125]).

Wenden wir uns nun zur Unterſuchung der einzelnen, in Bezug auf Concurs vorkommenden Fragen, ſo verdient vorerſt die Frage eine Beantwortung: ob das univerſelle Concursverfahren nur, wie es im franzöſiſchen Prozeſſe geſchehen iſt, auf Kaufleute eingeſchränkt oder nach dem deutſchen Prozeſſe bei jeder inſolventen Perſon erkannt werden könne. In neuerer Zeit hat die franzöſ. Anſicht an Goßler [126]) einen Vertheidiger gefunden, während Engelhard [127]) das gemeinrechtliche Concursverfahren ohne Beſchränkung auf Kaufleute für nothwendig hält, und das dem franzöſiſchen Prozeſſe nachgebildete Geſetzbuch für den Canton Teſſin [128]) nimmt einen allgemeinen Concurs bei allen inſolventen Perſonen an. Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß auch die Redaktoren des Code die beſchränkende Anſicht vom Falliment nur deswegen aufſtellten, weil ſie dieſelbe in der älteren Ordonnance von 1673 ſo begründet fanden, und bei Nichtkaufleuten keine älteren Geſetze hatten, welche ein Concursverfahreu kannten. Auch muß er-

123) Code art. 665.
124) 669.
125) Art. 670. 71.
126) In den jurid. Miscellen (Berlin 1810) I. Heft S. 20. ꝛc.
127) In dem Entwurf einer verbeſſerten Geſetzgebung für bürgerl. Rechtsſtreitigk. S. 205.
128) Codice di procedura art. 625.

wähnt werden, daß das franzöſ. Recht den Ausdruck: commerçant in einem viel weiteren Sinne nimmt, als das deutſche Wort: Kaufmann enthält, durch dieſe Ausdehnung alſo manchen Nachtheilen vorbeugt. Erwägt man jedoch 1) wie ſtreitig gerade in der Anwendung der Ausdruck: commerçant iſt [129]), wie man in der Jurisprudenz durch die gezwungenſten Wendungen die Fehler des Code in Hinſicht der Genauigkeit des Ausdrucks zu heilen verſucht hat [130]), ſo mag ſchwerlich ein Heil erwartet werden, wenn man den franzöſiſchen Ausdruck beibehalten wollte. Wer z. B. mageres Vieh einkauft, um es fett zu machen, und ſpäter wieder verkauft, iſt nicht commerçant, weil, wie das Arrêt ſagt, ſeine Arbeit zu den landwirthſchaftlichen Beſchäftigungen gehört. Der Pferdeverleiher dagegen iſt commerçant, und ſelbſt der Unternehmer einer Erziehungspenſion wurde in einem Urtheile [131]) als commerçant betrachtet, weil er Lebensmittel aufkauft und ſeinen Eleven wieder verkauft. Was ſoll heraus kommen, wenn man nach ſolchen ſtreitigen Unterſcheidungen die Zuläſſigkeit eines Concursprozeſſes beſtimmen wollte? 2) Geht man aber auch auf den Grund zurück, aus welchem nur bei commerçants das Geſetz ein Falliment annimmt, ſo liegt er in der Anſicht, daß ſolche Perſonen wegen ihrer ausgedehnten Geſchäfte

---

129) Der Art. 1. Code de commerce nennt commerçans ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Die Art. 631. 632. ſollen beſtimmen, was als acte de commerce gelten.

130) S. Locré esprit du Code de commerce tom. VIII. p. 235. Pardessus cours t. I. p. 4 — 16. Vincens exposition t. I. p. 118. etc.

131) Von Paris 26. Nov. 1807. Die ſpäteren arrêts nehmen jedoch ihn nicht als commerçant an. Sirey recueil. vol. XVI p. II. p. 85.

gewöhnlich einen größeren Credit genießen, als ihrem Vermögen angemeſſen war, daß ſie mit vielen Gläubigern ſich eingelaſſen haben, und daß der Natur des Geſchäfts nach auch nicht hypothekariſche Creditoren vorkommen; allein dieſe Rückſichten treten nicht blos bei den Kaufleuten, ſondern auch bei anderen Perſonen ein, welche nicht als commerçants gelten. Wer mag läugnen, daß ein großer Gutsbeſitzer, ein reicher Partikulier, welcher mit Staatspapieren Handel treibt, ohne jedoch als commerçant zu gelten, oder welcher Steigerungsprotokolle aufkauft, einen größeren Credit und ausgedehntere Geſchäfte habe als ein Krämer oder ein Pferdeverleiher? Und doch ſollten die Gläubiger der Letzteren mehr als die Erſten begünſtigt ſeyn? 3) Die Nothwendigkeit einer Ediktalladung aller Gläubiger leuchtet noch mehr ein, wenn man berückſichtigt, welche Nachtheile alle entfernten Gläubiger leiden können, ſo bald ein einziger dem Schuldner nahe wohnender die Execution betreibt. Die Anzeige der Subhaſtation an die Hypothekgläubiger kann nicht genügen, weil noch ſo viele andere Creditoren vorkommen, welche der Natur ihrer Geſchäfte nach keine Hypotheken beſtellt erhalten, und doch Begünſtigung verdienen. Wenn wir darnach für die Ausdehnung eines univerſellen Concurſes auf alle Perſonen ſtimmen würden, ſo tritt eine andere Rückſicht ein, welche es wichtig macht, einen Unterſchied zwiſchen Kaufleuten und Nichtkaufleuten anzunehmen, wenn von der Eröffnung des Concurſes die Frage iſt. Die preußiſche Gerichtsordnung [132]) hat auch hier wieder auf richtige legislative Geſichtspunkte hingewieſen. Sobald der Gemeinſchuldner ein Kaufmann iſt oder ein Gewerbe getrieben hat, welches ihn mit auswärtigen Gläubi-

132) Tit. 50. §. 4. 5.

gern auſſerhalb ſeines gewöhnlichen Wohnorts wahr- ſcheinlicher Weiſe in Verbindung geſetzt haben kann, ſoll der Richter ohne Antrag eines Creditors und von Amts wegen zur Concurseröffnung ſchreiten, a) wenn der Schuldner ſein Unvermögen ſelbſt anzeigt und zur Güterabtretung ſich erbietet; b) wenn der hinterlaſſe- ne Erbe des Gemeinſchuldners der Erbſchaft entſagt; c) wenn die Erben unbekannt ſind, und aus dem auf- genommenen Inventario die Inſolvenz hervorgeht; d) wenn der Schuldner ſich entfernt hat, ohne Je- manden mit der nöthigen Vollmacht zurück zu laſſen, und wenn bei einem Beſchlage auf das Vermögen ſich die Inſolvenz zeigt. Bei anderen als den oben bezeich- neten Perſonen muß der Richter in dieſen vier Fällen den Concurs eröffnen, wenn auch nur ein Gläubiger darauf anträgt. Auch v. Reibnitz [133]) erklärt ſich für dieſe Anſicht, und glaubt, daß bei dem Kaufmann eine augenblickliche Unfähigkeit, gutwillig zu zahlen, eben ſo angeſehen werden müſſe, als bei anderen Staatsbürgern ein fortdauerndes Unvermögen, und er verlangt nur, daß auch bei dem Kaufmann der Antrag eines Gläubigers immer abgewartet werden müſſe. Am zweckmäßigſten ſcheint es, wenn zwar der Concurs noch nicht eröffnet, aber doch der Richter verpflichtet wird, den bekannten Creditoren das Ver- hältniß anzuzeigen und durch öffentliche Vorladung be- kannt zu machen, während bei Nichtkaufleuten erſt der freiwillige Antrag von Creditoren abzuwarten wäre.

Noch wichtiger wird die Frage: ob der Concurs blos als ein zuſammenhängender Prozeß bei Gericht verhandelt werden ſoll, oder in wie ferne einzelne Akte völlig dem Gerichte entzogen werden ſollen? Reib-

---

133) Verſuch eines Ideals der Gerichtsordn. I. Thl. S. 439. ꝛc.

nitz [134]) findet einen Hauptgrund der Verzögerung der Concurſe in dieſer ununterbrochenen Tätigkeit des Gerichts und hofft durch Anwendung einer Jury wichtige Vortheile zu erhalten, insbeſondere will er der Lokaljury die Beſtellung des interimiſtiſchen Curators und den Sühneverſuch überlaſſen. Im deutſchen Prozeſſe kann nur unter Aufſicht des Gerichts und mit Genehmigung deſſelben gehandelt werden, und ſelbſt Gegenſtände der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören vor das Gericht. Der franzöſiſche Prozeß trennt das Tribunal von dem Commiſſär, verweiſet an das Erſte nur die ſtreitigen Rechtsfragen, und überläßt die laufenden Geſchäfte den Agenten, Syndiken und Curatoren.

Erwägt man, daß im Concurſe zwei Hauptgeſchäfte vorkommen, 1) das der Verhandlung mit den Gläubigern über die Liquidität und die Priorität ihrer Forderungen und Entſcheidung darüber, 2) das der Sicherſtellung, Verwaltung, Veräußerung und Vertheilung des Vermögens, ſo kann nur bei dem Erſten der Charakter richterlicher Qualität gefunden werden, während bei dem Zweiten der Richter eine ihm völlig fremde Thätigkeit übernehmen ſoll. Für die Behandlung dieſer Geſchäfte giebt die oben §. VI. aufgeſtellte Anſicht über Vollſtreckung, und die Rückſicht, daß nur die Gläubiger ein Intereſſe dabei haben, den Geſichtspunkt, daß ein von den Creditoren erwählter Curator und ein Ausſchuß, welcher die Creditoren vertritt, alle von Zeit des eröffneten Concurſes nothwendigen Geſchäfte der Sicherſtellung, Verwaltung und Veräußerung der Maſſe übernehmen, ohne daß eine Genehmigung des Gerichts dazu nothwendig iſt. Im Falle eines Streits über die Zweckmäßigkeit

134) Verſuch l. c. S. 433. S. 444 u. S. 458.

einer Maaßregel hätte nur die Mehrheit in dem Creditorenausſchuß zu entſcheiden, da nicht einzuſehen iſt, wie der Richter, als ſolcher, darüber entſcheiden ſoll, ob verpachtet oder verkauft, ob en bloc oder in Parzellen verkauft werden ſoll. Entſcheidet hier doch das Gericht, ſo geht es über ſeine Richterſphäre hinaus. Nur dann, wenn der Streit zwiſchen Curator und Creditoren um eine Rechtsfrage ſich dreht, oder wenn dem Curator Uebertretung ſeiner Inſtruktion vorgeworfen wird, wenn dritte Perſonen mit Rechtsanſprüchen interveniren, kann der Streit an das Gericht gelangen. Nur bis zur Eröffnung des Concurſes durch Urtheil muß von dem Satze: daß das Gericht nur Rechtsfragen entſcheiden ſoll, eine Ausnahme gemacht werden, weil es hier auf Prüfung mancher Fragen ankömmt, welche oft mit Rechtspunkten zuſammenhängen, weil noch nicht alle Creditoren erſchienen ſind, und doch Gefahr auf dem Verzuge ſchwebt; hier bekömmt das Benehmen des Gerichts den Geſichtspunkt einer proviſoriſchen Thätigkeit, wie z. B. bei Arreſten, und das Gericht erſcheint im Intereſſe aller noch unbekannter Creditoren handelnd. In der erſten Beziehung muß das Gericht den Antrag auf Concurs prüfen und für die nothwendigſten Masregeln, z. B. Verſieglung, Beſchlagnahme u. A. Sorge tragen; in der zweiten muß es einen interimiſtiſchen Curator aufſtellen. Unnöthig ſcheint es, eine Jury hereinzuziehen; alle ſchon oben bei der Execution angegebenen Bedenklichkeiten dagegen treten auch hier ein und zwar noch ſtärker, wenn man erwägt, daß je mehr Perſonen bei einem Geſchäfte thätig ſeyn ſollen, deſto verwickelter das Geſchäft werde, und daß insbeſondere der Sühnverſuch in Concursſachen nach bekannter Erfahrung nur mit Erfolg von demjenigen gemacht werden kann, welcher ſelbſt Juriſt iſt, um

die beiläufige Claſſifikation der Gläubiger zu kennen, um ſogleich jedem ungeſtümmen Creditor die Schwierigkeiten der Realiſirung ſeines Rechts darſtellen zu können, und welcher große Geſchäftsgewandtheit und Einſicht in die Verwickelungen des Concursverfahrens hat [135].

Am beſten wird ſogleich nach der Veranlaſſung des Concurſes von dem Gerichte ein Commiſſär ernannt, welcher die nöthigen Maaßregeln zur Sicherſtellung des Vermögens vornimmt, die bekannten Gläubiger, insbeſondere die inſkribirten Hypothekarcreditoren, vorladet [136], dem Hypothekenamte wegen der Siſtirung weiterer Eintragungen Nachricht giebt [137] und einſtweilige Verwalter der Maſſe beſtellt, dabei auf die Erinnerungen der bekannten Gläubiger Rückſicht nimmt. Nach geſchloſſener Verhandlung, während welcher die Sühn verſucht werden kann, erſtattet der Commiſſär Vortrag an das Gericht, von welchem durch Urtheil über die Eröffnung des Concurſes erkannt wird [138]. Die Ediktalzitation aller Gläubiger geht dann von dem Commiſſär aus, und enthält am beſten die Angabe aller Termine, in welchen die Liquidation, die weitere Verhandlung durch Exzeptionen und andere Rezeſſe Statt findet.

---

135) Treffliche Anweiſungen zum Sühneverſuch giebt Miltner in der Schrift: der baieriſche Gantprozeß S. 211.

136) Sehr richtig iſt dies in der anhaltiſchen Erläuterung, Anhang VII. cap. §. 3. vorgeſchrieben.

137) Baier. Hypothekeno. §. 118.

138) Die Wichtigkeit der Folgen des Concurſes für den Gantirer räth das Urtheil auf Concurseröffnung ebenſo wie im Strafprozeſſe das Urtheil auf Zuläſſigkeit der Spezialinquiſition zu betrachten, und ebenſo wenig wie das letzte dem Inquirenten überlaſſen werden darf, daſſelbe nur dem Gerichtscollegio zu überlaſſen.

Eine Vorfrage für alle nachfolgenden Erörterungen iſt nun die: auf welche Weiſe die Verhandlung der Gläubiger über die Priorität geſchehen ſoll? Die Geſetzgebungen ſind gerade in dieſem Punkte höchſt abweichend von einander. Im gemeinen Prozeſſe iſt alles der Praxis überlaſſen; am häufigſten wird nach beendigtem Liquidationsverfahren, in welchem nur nebenbei die Priorität zur Sprache kam, im Prioritätsurtheil die Claſſifikation nur vorläufig entworfen und dem Gläubiger vorbehalten, eine beſſere als die ihm angewieſene Priorität auszuführen, worauf die nachgeſetzten Gläubiger gegen diejenigen, welchen ſie vorgeſetzt werden wollen, als Kläger ihre Rechte ausführen und nicht ſelten bis zur Duplik verhandeln [139]. An einigen Orten, z. B. in Hannover, läßt man zwar den Richter darauf bei der Liquidation achten, daß die Gläubiger den Grund ihres etwaigen Vorbehalts genau angeben; allein in der Regel wird doch den Gläubigern im Urtheil die Ausführung der beſſeren Priorität vorbehalten [140]. In Heſſen [141] ſoll nach der Liquidation der Richter einen Entwurf machen, worin er alle Creditoren klaſſifizirt; dieſer Entwurf wird dann angeheftet, und die Creditoren werden vorgeladen, um die Beweisſtücke ihrer Vorzüge anzubringen. Auch die St. Galleniſche Concursordnung [142] läßt nur gutachtlich die Claſſe beſtimmen, in welche die Anſprache eines jeden einzelnen Gläubigers gehört. In Meklenburg erſcheinen alle Creditoren in einem Termine, in welchem

---

139) Schweppe das Syſtem des Concurſes der Gläubiger §. 131.

140) Oeſterlei hanov. II. Thl. S. 498.

141) S. Vero. v. 28. Dez. 1816. §. 48.

142) V. 23. Juni 1822 §. 24.

ſie einer, nach dem anderen, liquidiren, worauf der Contradiktor ſich entweder ſogleich oder in einem abgeſonderten Termine erklärt. Nach beendigter Liquidation wird, wenn nicht ſchon die Produktion damit verbunden war, ein Produktionstermin angeſetzt; demnächſt wird zur Ausführung der Priorität geſchritten, und den Creditoren aufgegeben, die Priorität zu deduziren [143]. Die Oldenburgiſche Concursordnung [144]) läßt vorerſt die Partheien und ihre Anwälde zu einem Angebstermin vorladen, in welchem die Creditoren ihre in Händen habenden Beweisthümer ihren Angaberezeſſen beizulegen haben; hierauf wird der Contradiktor beſtellt, welcher aus den mitgetheilten Akten einen Contradiktionsrezeß verfaßt, in welchem er nach genommener Rückſprache mit dem Gemeinſchuldner wegen jeder Forderung und Angabe das Nöthige zu bemerken hat. Acht Tage vor dem Liquidationstermine wird dieſer Rezeß den Anwälden der Gläubiger, um ſich vorbereiten zu können, mitgetheilt [145]). Im Liquidationstermine wird zwiſchen jedem einzelnen Gläubiger und dem Contradiktor die Sache verhandelt. Ein Beweisverfahren durch Zeugen iſt in der Regel nicht zu geſtatten, und nur in den Fällen, in welchen bei der Angabe Zeugen benannt oder bei dem Amte aufgenommene Zeugenverhöre produzirt wurden, worüber ſich der Contradiktor in ſeinem Rezeſſe erklären konnte, kann Ausnahme gemacht werden. In weitläufigen Prozeſſen können auch mehrere Liquidationstermine beſtimmt werden. In dem Präferenzurtheile [146]) werden die

---

143) V. Nettelbladt meklenb. Civilprozeß S. 308.
144) V. 11. Okt. 1814 §. 42.
145) §. 45.
146) §. 49

Creditoren klaſſifizirt, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können.

Der preußiſche Prozeß unterſcheidet dagegen einen Erſcheinungstermin, in welchem alle Creditoren ihre Forderungen anzugeben haben, worauf erſt der Verifikationstermin eintritt, in welchem die Creditoren die Beweiſe ihrer Forderungen mit ihrem Geſuche wegen der Priorität angeben. Werden nun Einwendungen gegen einen Creditor gemacht, ſo wird dieſer Streit zur beſondern Inſtruktion verwieſen, und am Schluſſe erfolgt ein vollſtändiges Claſſifikationsurtheil [147].

Der franzöſiſche Prozeß kennt nach der obigen Darſtellung bei Kaufleuten nur eine vom Syndic ausgehende Ediktalladung der Creditoren vor ihm; erſt vierzehn Tage nach der Erſcheinung erfolgt die Verifikation in einem eigenen Termine; von hier aus trennen ſich die Creditoren; alle beſtrittenen werden zur beſonderen Verhandlung an das Tribunal gewieſen, und es beginnen dort mehrere Spezialprozeſſe und nach der Erfahrung ſind die auf dieſe Art verwieſenen Creditoren gewöhnlich ohne große Hoffnung, etwas zu erhalten; denn nur die Creditoren, deren Forderungen unbeſtritten ſind, machen nun den engeren Verein aus, ſie wählen einen Definitivcurator, nur ſie werden bei den nachfolgenden Verhandlungen mit ihren Erinnerungen gehört, und der über die Vermögensmaſſe Definitivcurator entwirft unter ihnen die Claſſifikation [148], auf welche der Commiſſär die Auszahlung verfügt. Entſteht wieder Streit über die Priorität, ſo kömmt der Prozeß an das Tribunal zur Entſcheidung. Ganz originell und mit einer bewunderungswürdigen Ein-

147) Gerichtso. Tit. 50. §. 119. 121. 131. 138.
148) Code de com. art. 533.

fachheit [149]) kennt der baieriſche Prozeß nur drei oder vier voraus beſtimmte Termine; im erſten werden alle Forderungen angegeben, alle Beweiſe beigebracht und das Prioritätsgeſuch geſtellt. Im zweiten erfolgen alle Einreden gegen Liquidität, Legitimation und Priorität, ſo wie gegen die Beweismittel; und in den folgenden wird darüber zum Schluſſe verhandelt. Keiner dieſer Termine kann verlängert werden, eine Trennung des Haupt- und Beweisverfahrens exiſtirt nicht, alle Creditoren, beſtrittene wie unbeſtrittene, bleiben in der gemeinſchaftlichen Rechtsverfolgung, und am Schluſſe erfolgt über Liquidation und Priorität zugleich ein Urtheil, wogegen Rechtsmittel zuläſſig ſind. Auch die neue würtenbergiſche Geſetzgebung [150]) dringt darauf, daß im nämlichen Urtheile die Gantverweiſung mit dem Prioritätsurtheile erfolge.

Vergleicht man dieſe verſchiedenen Geſetzgebungen, ſo verdienten unfehlbar diejenigen den Vorzug, welche eine in beſtimmten Terminen geleitete Verhandlung aller Creditoren ohne Separatprozeſſe über Liquidation und Priorität gebieten, und die Einfachheit des Verfahrens empfiehlt ganz vorzüglich das baieriſche Syſtem in dieſer Hinſicht [151]). Wenn zwar dagegen ein ausgezeichneter baieriſcher Geſchäftsmann [152]) die

---

149) Wenn zwar auch in Baiern Concurſe lange dauern, ſo liegt die Schuld in anderen Gründen und zwar in der ſchlechten vor dem Geſetze vor 1819 beſtehenden Einrichtung wegen der Curatoren, in den vielen Anfragen bei Gericht, in dem Mangel einer Hypothekenverfaſſung und einer inconſequenten und verwickelten Prioritätsordnung. Neue Geſetze haben hier weiſe abgeholfen.

150) Edikt v. 31 Dez. 1818 §. 172. und Motive S. 76.

151) S. auch v. Gönner Entwurf eines Geſetzbuchs, 2. Abtheilung S. 752. Welſch Handb. des baier. Univerſalconc. S. IV. ꝛc.

152) V. Weber über das baieriſche Credit- und Schuldenweſen S. 198.

Bemerkung macht, daß er den baieriſchen Concurs für die Mutter der ſchreiendſten Ungerechtigkeit halte, ſo überzeugt man ſich bald, daß dieſe harte Erklärung nicht gegen das Syſtem im Ganzen, ſondern nur gegen zwei Punkte gerichtet iſt, nämlich a) gegen die Vorſchrift, daß ſogleich im Liquidationstermine die Legitimation beigebracht werden müſſe, widrigenfalls der Gläubiger nicht mehr gehört werden ſollte; und b) daß in dem nämlichen Termine, bei Strafe des Ausſchluſſes, alle Beweiſe auf einmal vorgelegt werden müſſen. Von der Richtigkeit der erſten Bemerkung hatte ſich auch die baieriſche Praxis immer überzeugt, und das neue Geſetz [153]) hat weiſe die Vorſchrift dahin abgeändert, daß, wenn es am Legitimationspunkte fehle, die Präcluſion nicht eintreten, ſondern die Forderung im Prioritätsurtheile an der gebührenden Stelle mit Auflage des weiteren Beibringens der Legitimation locirt werden ſoll. Was den zweiten Punkt wegen Beibringung der Beweiſe betrifft, ſo iſt allerdings eine große Härte im Geſetze gelegen [154]), und manche mit dieſem Geſetze unbekannte Parthei iſt das Opfer dieſer harten Vorſchrift ſchon geworden, welche ohnehin nicht zu der vorzüglich im Concurſe wichtigen Rückſicht paſſen will, daß auch jeder Parthei ohne Anwald zu haben, es möglich gemacht werden muß, ihre Anſprüche vorzubringen. In der baieriſchen Praxis wußte man auch immer Mittel, wie die Härte des Geſetzes zu umgehen, und der menſchliche Richter fragte gerne noch vor Aufnahme des Protokolls um die Beweiſe, erklärte den Gläubigern die Strenge des Geſetzes und ließ ihnen Zeit, das Fehlende beizubringen. Es hin-

153) V. 22. Juli 1819 §. 36.
154) V. Gönner Commentar S. 456.

dert auch nichts die Geſetzgebung zu verordnen, daß jeder Parthei, welche im erſten Termine ohne Beweiſe erſcheint, aufgelegt werde, bis zum nächſten Termine die Beweiſe beizubringen. Werden aber dieſe Härten vermieden, ſo verdient das Syſtem im Ganzen den Vorzug vor allen Uebrigen.

1) Eine große Vereinfachung ſcheint ſelbſt in dem preußiſchen Prozeſſe möglich zu ſeyn, wenn nicht, wie es nach dem Geſetze geſchehen muß, der Erſcheinungstermin blos auf die ſummariſche Angabe der Forderungen der Gläubiger beſchränkt, ſondern vielmehr ſchon hier ein vollſtändiger Klagsrezeß mit Angabe aller Beweismittel und mit den geeigneten Geſuchen, auch wegen der Priorität, vorgelegt werden müßte. Da dies erſt nach preußiſchem Geſetze im Verifikationstermine geſchehen muß, da in dem nämlichen Termine auch der Contradiktor und die Creditoren exzipiren ſollen, da aber eine vollſtändige Widerlegung kaum in dem nämlichen Termine möglich iſt, weil der Creditor jetzt erſt die Anträge der Mitcreditoren hört, und ſich nicht vorbereiten kann, ſo verdient es unfehlbar einen Vorzug, wenn im erſten Termine vollſtändig die Klage begründet, und erſt im nachfolgenden die Exzeption verlangt wird, weil jeder Creditor und der Contradiktor in der Zwiſchenzeit ſich vorbereiten können. Aus ähnlichen Gründen iſt auch die franzöſiſche Vorſchrift, daß die Creditoren zuerſt vor dem Curator (syndic) erſcheinen und dann erſt vor dem Commiſſär die Forderungen erörtern ſollen, unzweckmäßig, daher auch in der Praxis der erſte Erſcheinungstermin (auch die Präcluſion iſt keine Folge des Außenbleibens) in eine nutzloſe Formalität ausartet.

2) Noch weniger läßt es ſich billigen, wenn das preußiſche und franzöſiſche Geſetz die Creditoren, de-

ren Forderungen beſtritten werden, zu abgeſonderter Verhandlung verweiſet und Spezialprozeſſe zuläßt. Dieſe Einrichtung vermehrt die Arbeiten des Gerichts und hat den Nachtheil für die Gläubiger, welche bei dem Widerſpruche intereſſirt ſind, oft bei zwanzig und mehr Spezialprozeſſen erſcheinen zu müſſen, um ihre Rechte zu verfolgen, während einfach nach dem baieriſchen Syſteme in einem Termine alle Exzeptionen gegen irgend einen Creditor zu Protokoll genommen, im nächſten Termine widerlegt und ſogleich ſchließlich beantwortet werden können. Noch nachtheiliger wird es, wenn, wie nach franzöſiſchem Rechte, nur mehr die unbeſtrittenen Creditoren [155]) eine engere Vereinigung bilden, den Definitivcurator wählen, über die Vermögensverwaltung berathen, und über den Vergleich allein gehört werden. Mögen die anderen Gläubiger, welche das Unglück haben, daß wegen einiger Einwendungen gegen ſie ihre Forderung ſeparirt verhandelt werden muß, ein noch ſo großes Intereſſe haben, daß auch ſie über den Curator, über die Art der Verwaltung u. A. gehört werden, mag in der Folge, wenn nach langen Umwegen ihre Forderung gerichtlich anerkannt wird, noch ſo ſicher ſich ergeben, daß ſie höchſt intereſſirt bei allen Concursverhandlungen waren, ſo iſt dies doch zu ſpät, denn nur die unbeſtrittenen Gläubiger haben in der Zwiſchenzeit gehandelt. Erfährt man erſt, wie in der Praxis dieſer contrat d'union getrieben wird, wie die Gläubiger oft Monatlang eine förmliche Handelsgeſellſchaft bilden, um aus dem Vermögen des Gemeinſchuldners die größten Vortheile zu ziehen [156]), ſo ſieht

---

155) Cod. de Com. art. 515.
156) Vincens exposition p. 546.

man die Intereſſen der ſeparirt zu ſtreiten gezwungenen Creditoren höchſt gefährdet.

Ueberhaupt unterliegt die Art, wie nach franzöſiſchem Prozeſſe die Sühne oder das Concordat [157]) verſucht wird, den wichtigſten Einwendungen. Nach dem Geſetze darf erſt, wenn ſchon alle Formalitäten bis zur Eidesleiſtung der Creditoren beobachtet ſind, der Vergleich verſucht werden, alſo zu einer Zeit, wo ſchon ungeheuere Koſten verwendet und viele Monate verfloſſen ſind; ergiebt ſich irgend ein Verdacht eines Bankerutts, ſo darf gar nicht einmal ein Vergleich eingegangen werden, und nicht alle Creditoren, ſondern nur die unbeſtrittenen, alſo diejenigen, welche am wenigſten Urſache haben, den Vergleich einzugehen, werden gehört [158]). Vergeblich ſucht man auch im franzöſiſchen Rechte eine Beſtimmung, wie es gehalten werden ſoll, bis über ſämmtliche beſtrittene Forderungen entſchieden iſt. Die Conſequenz hätte gefordert, die Abfaſſung des Prioritätsurtheils [159]) ſo lange verſchieben zu laſſen, bis alle Forderungen Spruch reif wären [160]). Die hiebei entſtehende Verzögerung wird nur glücklich vermieden, wenn man, wie nach dem baieriſchen Prozeſſe, in beſtimmten Terminen alle Forderungen gemeinſchaftlich verhandeln läßt.

3) Am wenigſten aber verdient das Syſtem jener Geſetzgebungen eine Empfehlung, welche den Prioritätspunkt abgeſondert verhandeln laſſen; es genügt auch nicht, wenn einige Geſetze nur verlangen, daß der Richter bei den Verhandlungen auf die Priorität

---

157) Code art. 519.
158) S. auch Vincens exposition I. p. 462.
159) Dieß thut auch die preuß. Gerichtso. Tit. 50. §. 137.
160) Eine weiſe Limitation enthält die preuß. G. O. §. 138.

achte, und in dem Urtheile nur gutachtlich die Priorität beſtimme, weil theils ein richterliches Gutachten gar keine Rückſicht verdient und ſelbſt dem Charakter des Richteramtes widerſpricht, theils der Richter gar nicht im Stande iſt, über die Priorität zu entſcheiden, wenn nicht vollſtändige Verhandlungen vorausgingen, theils die Collokation insbeſondere nach gemeinem Rechte mit ſo vielen Controverſen begleitet und von ſo vielen faktiſchen Fragen, z. B. über den Beweis der *versio* u. A. verbunden iſt, daß das ſogenannte gutachtliche Prioritätsurtheil ein ohne alle Grundlage entworfenes und völlig überflüſſiges iſt. Die Folge iſt daher, daß eine Menge koſtſpieliger Spezialprozeſſe über die Priorität entſtehen, welche leicht hätten vermieden werden können, wenn, wie dies nach der Erfahrung in Baiern ſich trefflich ausführen läßt, die Priorität vollſtändig neben der Liquidation in den verſchiedenen Terminen verhandelt worden wäre, ſo daß der Richter in dem nämlichen Urtheile definitiv über die Priorität hätte entſcheiden können. Die Appellation gegen die Punkte der Liquidation könnte dann eben ſo leicht mit der Appellation wegen unrichtiger Claſſifikation verbunden werden.

Eine beſondere Rückſicht verdienten die Perſonen, welche zur Vertretung der Intereſſen der Gläubiger oder des Gemeinſchuldners im Concurſe nothwendig ſind. Man findet gewöhnlich im gemeinen Prozeſſe einen Comunanwald, einen Contradiktor und einen Curator bonorum. Der erſte, welcher der gemeinſchaftliche Anwald aller Gläubiger, zum Betriebe der Rechte und der Geſchäfte der Geſammtheit derſelben iſt, muß als völlig überflüſſig von einer guten Geſetzgebung nicht zugelaſſen werden, weil a) in den Fällen, in welchen die Creditoren wirklich

intereſſirt ſind, z. B. über Vermögensverwaltung die laufenden Geſchäfte viel beſſer von dem Curator und von dem Creditorenausſchuß beſorgt werden können, weil b) die Creditoren bei der Liquidation doch ihre eigenen Anwälde nöthig haben, und der Comunanwald, wenn man ihn zuläßt, gewöhnlich bei den Terminen nur oberflächliche generelle Widerſprüche entgegen ſetzen kann, c) weil nichts hindert, daß der Curator ausſtehende Forderungen des Gemeinſchuldners beitreibt, und für wichtige Prozeſſe wohl ein Anwald aufgeſtellt werden kann, der aber nur den ihm übertragenen Prozeß zu führen hat, ohne im Concurs-Prozeſſe als eine Perſon zu erſcheinen, die über jeden Punkt gefragt werden muß. Die Vereinigung des Comunanwalds in der nämlichen Perſon mit dem Contradiktor [161]) ſcheint nicht paſſend, weil eine ſolche Perſon zwei häufig entgegengeſetzte Intereſſen, die des Schuldners und der Gläubigen vertreten müßte.

Der Contradiktor, welcher die Rechte des Gemeinſchuldners bei den Liquidationen zu vertreten hat, kömmt in manchen Geſetzgebungen, z. B. in der Bairiſchen, gar nicht vor, und andere [162]) gebieten, daß bei einfachen Concurſen der Curator zugleich Contradiktor ſey. Betrachtet man aber den Erſten als im Intereſſe der Gläubiger handelnd, erwägt man, daß mehrere neue Geſetzgebungen ausdrücklich gebieten, daß der Curator kein Advokat ſey, ſo iſt nicht einzuſehen, wie der Curator, der ein ſehr guter Kaufmann oder Landwirth ſeyn kann, auch bei den Terminen ohne Rechtskenntniß den Schuldner vertreten ſoll. Wenn zwar in einfachen Fällen ein

---

161) Dies geſchieht in Meklenburg ſ. v. Nettelbladt X. l. c. S. 295.

162) Z. B. die Naſſauiſche, die Lippiſche.

ſolcher Contradiktor oft unnöthig ſeyn kann, ſo kann er doch überhaupt und in den meiſten Fällen nicht entbehrt werden, weil ſonſt bei dem Concurſe eines abweſenden Gantirers der Schuldner gar nicht vertheidigt würde, weil der Concurs aus einem Inbegriff von Prozeſſen beſteht, und dem Schuldner nicht verwehrt werden kann, hier ſeine Rechte ebenſo durch den rechtserfahrnen Vertreter geltend zu machen, als er es thun dürfte, wenn jeder Gläubiger einzeln gegen ihn auftreten würde, weil endlich ſonſt Niemand vorhanden wäre, welcher gegen manche einzelne Forderung nur exzipiren könnte, indem die Gläubiger die nähere Beſchaffenheit der Forderung nicht kennen können, während der Contradiktor mit dem Schuldner ſich benehmen, ſeine Papiere durchgehen, und ſich vollſtändig vorbereiten kann. [163])

Eine Hauptperſon iſt in dem deutſchen Concursprozeſſe der Maſſacurator, welchem die Verwaltung, Sicherſtellung und Veräußerung der Maſſe nach Vernehmung der Creditoren, und unter Leitung und mit Genehmigung des Gerichts übertragen wird. Es iſt durch laute Klagen beſtätigt, daß nur dieſe Curatoren gewöhnlich den langſamen Gang der Concurſe ſetzen und nach Kräften zur Erhaltung deſſelben beitragen, weil ſie am meiſten dabei gewinnen. Der große Einfluß ſolcher Verwalter macht, wenn das Geſetz ſie nicht ſehr beſchränkt, ſie gefährlich, ſo daß nicht ſelten nach Jahren die Creditoren einen neuen Prozeß gegen den Curator anfangen müſſen; will man ſie aber ſehr beſchränken, ſo tritt ein ewiges höchſt koſtſpieliges Correſpondiren mit den Gläubigern und Anfragen bei dem Gerichte ein. Selbſt der Umſtand,

163) V. Gönner Motive zum Entwurf eines Prozeßgeſetzb. S. 776.

daß es ſchwierig iſt, bei großen Concurſen einen eben ſo gewandten Geſchäftsmann als tüchtigen Verwalter, Oekonomen, Brauverſtändigen u. dgl. zu finden, daß man daher in der Praxis nur zu oft auf die Geſchäftsgewandtheit Rückſicht bei der Beſtellung nimmt, ſo daß die Verwaltung nur ſchlecht und mechaniſch betrieben wird, macht die Aufſtellung eines Curators bedenklich, vorzüglich wenn man, wie es ſo oft geſchieht, die Curatel an Advokaten überträgt, welche dies mit der Rechtsverfolgung ohnehin nicht verträgliche Geſchäft auf die einträglichſte Weiſe und auf die ſcheinbar förmlichſte Weiſe zu führen verſtehen. Wenn aus ſolchen Gründen ausgezeichnete Rechtsgelehrte [164]) bewogen worden ſind, die Aufſtellung beſonderer Maſſecuratoren als unnöthig zu erklären, wenn ſie dagegen dem Gerichte die Herſtellung des Inventars, die Verſteigerung, Einnahmen und Ausgaben aller Gelder übertragen wollen, und wenn nur im erſten Ediktstage die erſchienenen Creditoren über die Benützung und den Betrieb des Vermögens des Schuldners vernommen werden ſollen, ſo kann man ſchwerlich dem neuen Vorſchlage beiſtimmen, wenn man erwägt a) daß ſchon in der Execution aus den oben angegebenen Gründen die Leitung des weiteren Verfahrens zur Veräuſſerung der Güter am beſten einer Perſon, die nicht Gerichtsmitglied iſt, übertragen wird, daß aber im Concurſe die Ausdehnung und die Verwickelung der Geſchäfte noch mehr eine eigene in Verwaltungsgeſchäften ſehr erfahrene Perſon fordere; b) daß nach dieſem Vorſchlage dem Gerichte Geſchäfte aufgebürdet würden, welche mit der collegialen Einrichtung der Tribunale und der nothwendigen Reinheit der Juſtitz und ihrer Trennung von allen fremd-

---

164) S. auch v. Gönner Motive S. 800.

artigen Arbeiten, ſo wie mit dem Charakter des Richteramtes nicht verträglich ſind, und deren Kenntniß von dem Juriſten nicht erwartet werden kann, deren Betreibung aber gewöhnlich mechaniſch und gleichgültig geſchieht und die zur Ausübung der nothwendigen juriſtiſchen Geſchäfte Zeit raubt. c) Nach dieſem Vorſchlage würde erſt nach der Eröffnung des Concurſes, und erſt, wenn die Creditoren zur Liquidation erſcheinen, ihre Erklärung über die Betreibung der Geſchäfte eingeholt werden müſſen, was aber offenbar zu ſpät iſt, weil gerade am Anfange des Prozeſſes die Arbeiten der Verwaltung und die Aufſicht über das Vermögen, die Beitreibung des ausſtehenden Vermögens am wichtigſten und ſchwierigſten ſind, und nur zu leicht vernachläſſigt werden, wenn das Gericht bis zur Zuſammenberufung der Gläubiger wartet. Viel zweckmäßiger möchte es daher ſeyn, wenn das Concursgericht ſogleich nach der Veranlaſſung des Concurſes einen proviſoriſchen Curator aufgeſtellt, und hiezu entweder ein Mitglied des Gemeinderathes oder den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit beſtimmt. Sehr weiſe mag es ſeyn, wenn als Maſſecurator nach dem Geſetze [165]) kein Advokat aufſtellt werden ſoll, weil der Advokat zu leicht ſolche Verwaltungsgeſchäfte in dem etwas ſchwerfälligen und langſamen juriſtiſchen Gange betreibt. Die Art der Aufſtellung von Agenten, ſpäter von Syndiken und von Definitivcuratoren, wie der franzöſiſche Prozeß es vorſchreibt, iſt ganz verwerflich, weil ſehr gut ſogleich vom Anfange an ein proviſoriſcher Curator aufgeſtellt werden kann, ohne daß es vorhergehender koſtſpieliger Agenten bedarf, und weil die Aufſtellung des Definitivcurators

165) Z. B. baier. Novelle v. 22. Jul. 1819 §. 35. ſ. auch in Meklenburg. Nettelbladt S. 296.

theils zu ſpät kömmt, wenn ſchon die Verifikation der Forderungen geendigt iſt, theils einſeitig geſchieht, indem nur die Creditoren, deren Forderungen unbeſtritten ſind, wählen.

Der beſte Zeitpunkt, in welchem ſich die ohnehin bei Gericht gegenwärtigen Creditoren über die weitere Verwaltung zu erklären haben, iſt der des erſten Termins zur Liquidation. Hier wäre ihnen der ganze Vermögensſtand und die Ueberſicht der bisherigen Verwaltungsgeſchäfte vorzulegen und ihre Erklärung über den ferneren Betrieb abzufordern. Die Vorſchriften der preußiſchen Gerichtsordnung [166]) liefern auch hier die trefflichſten, von jedem Geſetzgeber zu beobachtenden Winke. Es iſt höchſt tadelnswerth, wenn alle Concurſe nach einer gleichen Form behandelt werden. Der Concurs eines Fabrikanten oder Kaufmanns muß anders als der eines großen Gutsbeſitzers betrieben werden; bei dem Erſten zu einem ſchleunigen Verkaufe zu ſchreiten, oder, wie es häufig in der Praxis geſchieht, das Gewölbe zu ſperren, iſt höchſt tadelnswerth, weil durch das Erſte die Waaren um geringe Preiſe losgeſchlagen, bei dem Zweiten ſowohl dem Schuldner als den Gläubigern die Quellen der Vermehrung des Vermögens geradezu verſtopft werden; es kann daher ſehr weiſe ſeyn, das Geſchäft auf Rechnung der Maſſe fortführen zu laſſen, einen Buchhalter und Aufſeher obrigkeitlich zu verpflichten und den Creditoren eine Einſicht in die Geſchäftsbetreibung zu geſtatten. Bei Landgütern dagegen muß ein eigener Adminiſtrator verpflichtet und er an die Creditoren gewieſen werden. Am wichtigſten iſt es nur das Einwirkungsrecht der Creditoren richtig zu beſtimmen. Die gewöhnliche Art, daß we-

---

166) Tit. 50. §. III. u. IV. Abſchnitt.

gen jedes Verwaltungsgeſchäfts, z. B. wegen einer Reparatur, der Curator bei ſämmtlichen Creditoren anfragen muß, ſo daß ſie entweder per circulare vernommen oder zu Gericht vorgeladen werden, worauf erſt das Gericht ein Dekret erläßt, iſt völlig unpaſſend, weil er die Koſten ohne Noth vermehrt, das Geſchäft verzögert und den Creditoren Laſten aufbürdet. Alle vernünftigen Forderungen werden, befriedigt, wenn die Gläubiger angehalten werden ſchon im erſten Ediktstage aus ihrer Mitte einen Ausſchuß von 2 oder 3 Mitgliedern zu wählen, welcher die Geſammtheit der Creditoren in allen Verwaltungsgegenſtänden vertritt, und deſſen Glieder als Bevollmächtigte der Creditoren handelt. An ſie allein wendet ſich der aufgeſtellte Curator, und die Beſchlüſſe des Ausſchuſſes, in welchem Stimmenmehrheit gilt, verpflichtet ohne weiteres gerichtliches Dekret. Sind ausgedehnte Vermögenstheile da, beſitzt z. B. der Kaufmann auch ein Landgut oder eine Brauerei, ſo können mehrere Deputationen und Ausſchüſſe gewählt werden, ſo daß immer die mit der beſonderen Art der Geſchäfte am meiſten vertrauten Creditoren zu dem beſonderen Vermögenstheile deputirt werden [167]). Neue Geſetze [168]) haben dieſe Einrichtung weiſe vorgeſchrieben.

Noch ſey es erlaubt auf den Fall aufmerkſam zu machen, wenn das bei der Verſteigerung gelegte höchſte Gebot von den Gläubigern nicht annehmbar befunden wird. Nach manchen Geſetzen wird ohne weitere Einrede der Gläubiger das im letzten Termine

---

167) S. v. Gönner Commentar zur baier. Novelle S. 453.
168) Baier. Novelle v. 22. Jul. 1819 §. 35. Würtenberg. Novelle v. 15. Sept. 1822 §. 33. S. auch von Meklenburg Nettelbladt l. c. S. 297.

erzielte Meiſtgebot angenommen und die Sache dem Käufer zugeſchlagen [169]. An anderen Orten [170] wird das höchſte Gebot nur annehmlich erklärt, wenn es $\frac{2}{3}$tel der den Creditoren bis zu dem Zuſchlage geheim zu haltenden Taxe beträgt. Die Gläubiger haben nun noch das Gleichgebotsrecht, wozu ein neuer Termin geſetzt wird, in welchem eine Pluslicitation nur mehr zwiſchen dem Pluslicitanten und den idem offerrenden Gläubigern unter einander geſtattet wird. Andere Geſetze [171] gebieten, wenn einem Creditor das Gut proquanto taxato zugeſchlagen werden ſoll, die Zuſchätzung nebſt der Taxe 14 Tage vorher öffentlich bekannt zu machen, innerhalb welcher die nachfolgenden Creditoren ein höheres Gebot thun oder einen beſſeren Käufer ſuchen können. Beſonders merkwürdig iſt aber das baieriſche [172] jus delendi, nach welchem der letzte Creditor das Gut gegen gänzliche Befriedigung aller älteren oder gleichen Mitgläubiger an Zahlungsſtatt übernehmen oder gegen Verluſt der Forderung das Gut unter gleichen Bedingungen dem nächſt vorhergehenden Gläubiger überlaſſen muß. Hiezu werden alle Creditoren zuſammengerufen und vom letzten Creditor bis weiter hinauf jeder um die Ausübung dieſes Rechts befragt. Die Folge dieſes höchſt verzögerlichen Verfahrens war, daß gewöhnlich die letzten Gläubiger, weil ſie nicht ſo viel Geld hatten, um die vorgehenden Creditoren bezahlen zu können, das Recht nicht ausüben konnten, ſo daß einer der früheren reichen Gläubiger das

---

169) S. auch oldenburg. Conc. Ordn. §. 63.
170) Z. B. in Meklenburg Nettelbladt S. 311.
171) Z. B. in Naſſau. Samml. der Verordn. I. Thl. S. 96.
172) Cod. Jud. cap. 19. §. 17. Welſch Handb. des baier. Conc. Proz. S. 210. Weber über das baieriſche Credit- und Schuldenweſen S. 236.

Gut oft um einen ſehr geringen Preis erhielt, und alle übrigen ſpäteren Creditoren leer ausgiengen. Die neue Geſetzgebung hat zwar manche Mißbräuche dieſes Rechts abgeſchafft [173]), und die neue Hypothekenordnung [174]) geſtattet, wenn bei der dritten Verſteigerung der Zuſchlag ohne Rückſicht auf den Schätzungspreis erfolgt, jedem Hypothekgläubiger, der dadurch ganz oder zum Theil ſeine Forderung verlieren würde, zu verlangen, daß ihm das Gut um das Meiſtgebot zugeſchlagen werde, worüber er ſich binnen 8 Tagen erklären muß; jeder neuere Hypothekgläubiger hat hiebei vor dem älteren, jedoch nur gegen deſſen vollſtändige Zahlung, den Vorzug.

Wie nothwendig hier eine feſte geſetzliche Beſtimmung iſt, zeigt, bei dieſem Schwanken der Anſichten, vorzüglich die Praxis in Ländern des gemeinen Rechts. Eine höchſt wohlthätige Einrichtung aber würde es noch ſeyn, wenn die von der Praxis zum Nachtheile der Maſſe und der Creditoren beobachtete Sitte, während des Concurſes gar keine Zahlungen zu machen, aufgehoben und nach dem Vorgange neuer Geſetze [175]) geſtattet würde, an die Hypothekengläubiger, deren Forderungen unbeſtritten ſind, Zahlungen zu machen.

173) Baier. Novelle v. 1819 §. 37. v. Gönner Comment. hiezu S. 464—83.

174) §. 64.

175) S. preuß. Gerichtso. Tit. 50. §. 504. S. auch von Meklenburg. v. Nettelbladt S. 344. Oldenburg. Concursordn. §. 57. Baier. Hypothekenordn. §. 70.

Staatl. Bibliothek
Regensburg

In der Verlagshandlung iſt zu gleicher Zeit erſchienen:

Abhandlungen

aus dem

deutſchen gemeinen Civilprozeſſe

mit Berückſichtigung der Preußiſchen allgemeinen Gerichtsordnung

von

Dr. J. T. B. Linde,

Privatdocenten der Rechtswiſſenſchaft zu Bonn, und außerordentlichem Mitgliede des Spruchcollegiums daſelbſt.

Erſtes Bändchen.

Preis 22 ggr. oder 1 fl. 36 kr.

Inhalt.

Einleitung. Ueber die Nothwendigkeit des Studiums der Theorie des gemeinen Civilprozeſſes.

I. Ueber die geſetzlichen Sätzen der nicht nach Vorſchrift der Geſetze geſchehenen Kriegsbefeſtigung.

II. Verſuch einer genauern Entwickelung des Begriffs vom Gegenbeweiſe, nebſt Anwendung deſſelben auf die Löſung der wichtigſten Streitfragen in dieſer Lehre.

III. Beitrag zu der Lehre vom qualificirten Geſtändniſſe im Civilproceſſe.

IV. Bemerkungen über die Angabe des Auctors.

V. Bemerkungen über das Verſehen der Nebenperſonen im Prozeſſe überhaupt, insbeſondere bei der Vorbringung factiſcher Umſtände.

Mittermaier, Carl Joseph Anton,

Der gemeine deutsche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und franzö
sischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeß
gesetzgebung
Bd.: 3

Bonn (1823)

Regensburg, Staatliche Bibliothek -- 999/Jur.3523(3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11101173-2